Vererblichkeit, Veräußerlichkeit und Verzichtbarkeit des Rechts auf Vollziehung einer durch Verfügung von Todes wegen angeordneten Auflage.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

vorgelegt

von

Walter Thienel

Referendar am Kgl. Amtsgericht in **Bolkenhain.**

Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Geh. Justizrat Professor Dr. Leonhard.

Dem Andenken meiner Mutter

gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A. Einleitung 1

B. Natur und Wesen des in § 2194 BGB. gewährten Rechtes, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen 2

I. Natur des Rechtes 2

a) Die hauptsächlichsten Ansichten über dieselbe . 2

b) Bestimmung der Natur des Rechts 5

1. Unmaßgeblichkeit des Nichtvorhandenseins eines Vermögensinteresses für diese Bestimmung . . 5

2. Entscheidende Bedeutung der Abgrenzung der aus Schuldverhältnissen hervorgehenden Ansprüche gegenüber anderen Rechten 6

aa) Die Annahme eines rein formalen Klagerechts ohne privatrechtlichen Anspruch 6

bb) Die aus absoluten Rechten hervorgehenden Ansprüche 8

cc) Der Anspruch, dem eine Verpflichtung von vornherein nicht gegenübersteht 11

dd) Ergebnis für die Natur des vorliegenden Rechtes 14

II. Die Besonderheiten des Wesens des Rechtes 14

a) Das Recht aus § 2194 als Mittel zur Erzwingung der Auflageverpflichtung 14

1. Die Mittel des früheren Rechtes 15

aa) Historische Übersicht 15

bb) Verhältnis dieser Zwangsmittel zur Auflageverpflichtung 19

2. Verhältnis des Rechts aus § 2194 zur Auflageverpflichtung 21

b) Folgerungen, die sich aus diesem Verhältnis des Rechtes zur Auflageverpflichtung ergeben . . . 23

1. Innere Unabhängigkeit der Auflageverpflichtung gegenüber dem Anspruche auf Vollziehung der Auflage 23
2. Bedeutung des in § 2194 gewährten Rechtes für seine Inhaber 30

C. Folgen der Besonderheiten des Wesens des Rechtes für die Fragen nach seiner Vererblichkeit, Veräußerlichkeit und Verzichtbarkeit 35

I. Fähigkeit des in § 2194 gewährten Rechtes, auf andere Personen überzugehen (Vererblichkeit und Veräußerlichlichkeit) 35

a) Feststellung der für die Beantwortung der Frage maßgebenden Gesichtspunkte 35

1. Unwesentlichkeit des Mangels eines Vermögenswertes 35
2. Die maßgebenden Gesichtspunkte 36
aa) Der Zweck des Rechtes 37
bb) Die Treuhandnatur des Rechtes 37

b) Folgerungen hieraus 47

1. für die Vererblichkeit 47
aa) Vorhandensein der maßgebenden Beziehungen bei den Erben der Berechtigten als solchen 48
bb) Unmöglichkeit, die Berechtigung der Erben der ursprünglich Berechtigten auf einen anderen Grund als Vererbung zurückzuführen 52
2. für die Veräußerlichkeit 56

II. Wirksamkeit eines Verzichtes auf das Recht, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen 60

Ergebnis 67

Literatur-Verzeichnis.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

Beeg: Die Auflage nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Greifswalder Diss. 1903.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts, Bd. II.

Bendix: Das deutsche bürgerliche Recht.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben, Bd. I.

Brinz: Pandekten.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1.

Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte.

Dernburg: Pandekten.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. II, 1; Bd. V.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. I, III.

Erxleben: Die condictiones sine causa. 1850.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, III.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands.

Feigel: Die Auflage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Erlanger Diss. 1898.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht, Bd. I, III.

Frommhold: Kommentar zum Erbrecht.

Gierke: Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht.

Gottbehüt: Die erbrechtliche Auflage. Jenenser Diss. 1903.

Gruchot: Preußisches Erbrecht, Bd. II, 1866.

Heymann: Die Schenkung unter einer Auflage, 1905.

Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht, 1900.

Hellwig: Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 86.

Koch: Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. II, 1846.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I.

Kohler: Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 12, 21.

Meischeider: Die letztwillige Verfügung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Müller-Meikel: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. V.

Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechts, Jahrg. 1, Bd. II; Jahrg. 2, Bd. I.

Oertmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.

Pernice: Labeo, Bd. III, Abtl. 1.

Peiser: Handbuch des Testamentsrechtes.

Planck: Kommentar zum BGB. Bd. II, V.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Bd. V.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. 10.

Rüger: Im Sächsischen Archiv, Bd. 9.

Saucke: Die Vollziehung der Auflage. Rostocker Diss. 1903.

Savigny, v.: System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, III.

Schollmeyer: Kommentar zum Allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse.

Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht (Iherings Jahrb., Bd. 43).

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, V.

Strohal: Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl. Besonders Bd. I.

Unger: Österreichisches Erbrecht.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage.

Windscheid: Lehre von der Voraussetzung, 1850.

Kommentar zum BGB. von Reichsgerichtsräten. Nürnberg und Leipzig 1910.

A.

Eine letztwillige Auflage im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches liegt nach § 1940 BGB. dann vor, wenn der Erblasser „den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichtet, ohne einem anderen ein Recht auf diese Leistung zuzuwenden". Im Gegensatze zum Vermächtnis erhält mithin bei der Auflage niemand ein Recht auf die auferlegte Leistung. Der Erblasser setzt in den Beschwerten das Vertrauen, daß er seinen letzten Willen achten und auch ohne Zwang erfüllen werde; — wenigstens ist dies dann der Fall, wenn er keinen Testamentsvollstrecker ernannt hat. — Es ist aber leicht möglich, daß sein Vertrauen getäuscht wird; eine rein moralische Verpflichtung ist häufig nur ein recht schwacher Beweggrund zur Bewirkung einer vielleicht mit Mühe und Kosten verbundenen Leistung. Da das Recht nun die Auflage als Verpflichtungsgrund anerkennt, kann es sich mit dieser schwachen Gewähr für die Erfüllung dieser Pflicht nicht begnügen, sondern muß Mittel schaffen, um den Willen des Beschwerten auch anderweitig zu beeinflussen und nötigenfalls die Vollziehung der Auflage zu erzwingen. Das BGB. tut dies im § 2194, indem es

gewissen Personen das „Recht“ beilegt, die Vollziehung der Auflage zu „verlangen“. Diese Personen sind: der Erbe, der Miterbe, derjenige, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten käme, und, wenn die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt, auch die zuständige Behörde. Dieses Recht ist, wie aus § 2196 Abs. 2 hervorgeht, gleich anderen im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung durchführbar. Andere Bestimmungen trifft das Gesetz darüber nicht, insbesondere sagt es nicht, ob und inwieweit das Recht vererblich, veräußerlich und verzichtbar ist — Fragen, die der praktischen Bedeutung nicht entbehren, und deren Beantwortung somit aus allgemeinen Gesichtspunkten abzuleiten ist.

B.

I. Nach dem Wortlaute des Gesetzes „können“ die in § 2194 genannten Personen „die Vollziehung der Auflage verlangen“. Sie „können“ es, sie sind dazu berechtigt: es wird ihnen also durch diese Bestimmung vom Gesetze ein Recht gewährt.

a) Welcher Natur dieses Recht ist, darüber herrscht jedoch Streit. Zu diesem gab in erster Linie der Umstand Anlaß, daß ein vermögensrechtliches Interesse der Berechtigten nicht vorhanden ist. Gegenstand dieses Streites ist die Frage, ob das in § 2194 gewährte Recht als ein Förderungsrecht im Sinne des Rechtes der Schuldverhältnisse anzusehen ist, oder ob ihm diese Natur abgeht.

Was zunächst die Motive[1]) betrifft, so nennen sie das Recht, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen, wegen des Fehlens eines vermögensrechtlichen Interesses der Berechtigten „eine mehr formale Befugnis, trotzdem aber ein Forderungsrecht, auf das die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts insoweit Anwendung finden, als sich nicht aus dem Mangel eines Vermögensinteresses ein anderes ergibt". Dieser Erklärung schließen sich eine Anzahl Schriftsteller an, so besonders Herzfelder in Staudingers[2]) Kommentar, ohne etwas hinzuzufügen.

Als ein Forderungsrecht im Sinne des Obligationenrechts bezeichnet den Anspruch besonders auch Schultze[3]), gewinnt ihm aber insofern eine besondere Seite ab, als er ihn mit dem Rechte des bloß überwachenden Testamentsvollstreckers (§§ 2208 Abs. 2, 2223) auf eine Stufe stellt und ihn gleich diesem als ein „Treuhandsrecht" bezeichnet.

Demgegenüber hat sich die Mehrzahl der Schriftsteller gegen die Annahme eines Forderungsrechtes ausgesprochen, ohne aber ihrerseits über die Art der Erklärung einig zu sein. Wesentlich übereinstimmend äußern sich Endemann[4]), Frommhold[5]) und Hellwig[6]), die das fragliche Recht als eine „formelle

---

[1]) Mot. V, S. 214 ff.

[2]) Staudinger V, Note 1 zu § 2194.

[3]) Schultze, Treuhänder, S. 90 ff.

[4]) Endemann, Lehrb. III, § 73, 4.

[5]) Frommhold, Erbrecht, Note 1 zu § 2194.

[6]) Hellwig, Verträge, S. 58 f.

Klageberechtigung", das Mittel eines „formalen Erfüllungszwanges", als „etwas Exceptionelles" bezeichnen, „ein Klagerecht, dem ein privatrechtlicher Anspruch nicht zugrunde liegt". Ihnen schließt sich auch Dernburg[1]) an, indem er alle diese Ansichten als „verschiedene Ausdrücke des richtigen Gedankens" bezeichnet.

Kohler[2]) nennt das Recht einen „Anspruch, der nicht aus einem Forderungsrecht hervorgeht"; Cosack[3]) legt ihm „personenrechtliche Natur" bei, Gierke[4]) spricht von einer „eigenartigen erbrechtlichen Stellung" der Berechtigten, die Dernburg, wohl auch in Gierkes Sinne, als „Recht der Testamentsvollstreckung beschränkten Inhalts" bezeichnet[5]). Eine vermittelnde Stellung endlich nehmen Strohal[6]) und Planck[7]) ein, indem sie den ganzen Streit für einen praktisch bedeutungslosen Wortstreit erklären, bei dem es sich nur „darum handelt, ob man den Begriff des Forderungsrechtes so faßt, daß das in § 2194 bezeichnete Recht darunter oder nicht darunter fällt". Dieser letzteren Ansicht ist aber wohl entgegenzuhalten, daß es sich gerade um die Frage handelt, in welcher Weise der Begriff des Forderungsrechtes nach dem

---

[1]) Dernburg, Bürg. R. V., § 87 Anm. 9.
[2]) Kohler, Arch. f. bürg. R. XXI, S. 261.
[3]) Cosack, Bürg. R. II, S. 407.
[4]) Gierke, Entw., S. 519.
[5]) Dernburg, Bürg. R. V, § 87 III.
[6]) Strohal I, S. 38 Anm. 8.
[7]) Planck, V, Anm. 1 zu § 2194.

Sinne des Gesetzes gefaßt werden muß. Daß für die praktische Behandlung des Rechtes der Entscheidung der Frage, ob es ein Forderungsrecht ist oder nicht, keine allzu große Bedeutung zukommt, dürfte allerdings nicht abzustreiten sein; gleichwohl ist aber ihre Erörterung nicht zu umgehen; denn nur die Klarstellung des Wesens des vorliegenden Rechtes kann die Grundlage bilden, auf der die praktischen Folgerungen logisch richtig aufgebaut werden können.

b) 1. Nicht geeignet, als Argument gegen die Forderungsrechtsnatur des vorliegenden Rechtes zu dienen, ist der Umstand, der wohl am meisten dazu beigetragen hat, daß ihm diese Natur abgesprochen worden ist, nämlich das Fehlen eines Vermögensinteresses seitens der Berechtigten. Das Erfordernis eines solchen für das Vorhandensein eines Schuldverhältnisses, welches schon für das gemeine Recht bestritten war, ist, wie die herrschende Meinung wohl mit Recht annimmt, im BGB. beseitigt. Einzelne Autoren halten allerdings noch an diesem Erfordernis fest, so besonders Hellwig[1]), ferner auch Endemann, Dernburg, Oertmann. Doch ist wohl mit der herrschenden Meinung, die besonders von Kohler[2]) vertreten wird, anzunehmen, daß es im BGB. auch Forderungsrechte gibt, denen das Vermögensinteresse fehlt. Einen „schlagenden Beweis" hierfür führt Strohal[3]) an, indem er darauf

---

[1]) Hellwig, Arch. Ziv. Prax. Bd. 86, S. 223 ff.

[2]) Kohler, Arch. bürg. R. Bd. 12, S. 1 ff.

[3]) Strohal I, S. 22 Anm. 39.

hinweist, „daß das BGB. in § 810 für den Vorlegungsanspruch, der doch sicherlich ein Forderungsrecht im Sinne des Obligationenrechts darstellt, nur ein rechtliches, nicht aber ein vermögensrechtliches Interesse erfordert", während auch die geschuldete Leistung, die Gestattung der Einsicht der Urkunde, einen Vermögenswert nicht haben wird, oder wenigstens nicht zu haben braucht. Wenn daher der Umstand, daß in § 241 der Vermögenswert als Begriffsmerkmal des Schuldverhältnisses nicht aufgestellt ist, allein noch nicht vollen Beweis dafür zu erbringen vermag, daß das Erfordernis eines solchen wirklich beseitigt ist, so geht dies aus § 810 wohl mit Sicherheit hervor.

2. Als Mittel zur Bestimmung der Natur des fraglichen Rechtes kann vielmehr nur die Feststellung und Abgrenzung der Begriffe „Anspruch" und „Forderungsrecht" dienen.

aa) Eine Anzahl Autoren, unter ihnen besonders Hellwig[1]), bestreiten, daß überhaupt in § 2194 ein privatrechtlicher Anspruch gegeben ist; vielmehr sei dieses Recht „ein bloß formales Klagerecht, dem ein privatrechtlicher Anspruch nicht zugrunde liege." Hellwig ist zu dieser Auffassung genötigt, da er einerseits Anspruch und Forderungsrecht identifiziert[2]), andererseits das Vorhandensein eines Forderungsrechts wegen Fehlens eines Vermögensinteresses bestreitet[3]). Da

---

[1]) Hellwig, Verträge, S. 58 f.

[2]) Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 5 f. u. 39 f.

[3]) Hellwig, Verträge, S. 58 f.

aber das Erfordernis eines Vermögensinteresses, wie oben dargelegt, nach BGB. nicht besteht, fällt der Grund zu Hellwigs Annahme, daß im § 2194 ein privatrechtlicher Anspruch nicht gegeben sei, hinweg.

Andererseits widerspricht seine Annahme der Ausdrucksweise und wohl auch dem Sinne des Gesetzes. Nach § 194 BGB. ist „Anspruch" das „Recht, ein Tun oder Unterlassen zu verlangen". Im § 2194 ist nun den dort genannten Personen das Recht gegeben, „die Vollziehung einer Auflage zu verlangen"; diese „Vollziehung" kann aber wohl nur durch ein „Tun oder Unterlassen" des Beschwerten erfolgen. Die genannten Personen haben also das „Recht, ein Tun oder Unterlassen zu verlangen", mithin einen Anspruch im Sinne des § 194 BGB.

Es ist also nicht nur ein formelles Klagerecht gegeben, sondern ein materielles Recht, etwas zu verlangen. Nur wenn diesem Verlangen nicht nachgegeben wird, ist als das Sekundäre, als letztes Mittel, dem „Verlangen" auch gegen den Willen des Gegners tatsächliche Geltung zu verschaffen, die Klage gegeben, wie bei anderen Ansprüchen auch. Das Recht als ein reines Klagerecht hinstellen, hieße die Sachlage so kehren, daß der Beschwerte, bevor er zur Vollziehung verurteilt ist, einer Aufforderung des Berechtigten nicht Folge zu leisten brauchte, ohne dadurch rechtswidrig zu handeln. Eine außergerichtliche Aufforderung hätte dann nur die Bedeutung einer Drohung, dahingehend, daß bei Nichtvollziehung der Auflage der Beschwerte von seinem Klagerechte Gebrauch machen

werde. Dies ist aber doch wohl nicht der Fall, vielmehr entspricht dem „Verlangenkönnen“ der Berechtigten ein „Nachgebenmüssen“ desjenigen, gegen den sich das Verlangenkönnen richtet; dieses selbst wäre sonst illusorisch. Das Gesetz hätte, wenn es dies gewollt hätte, nur zu sagen brauchen: „Auf Vollziehung der Auflage können klagen . . .“. Der Beschwerte ist also wohl auf Grund von § 2194 verpflichtet, einer Aufforderung des Berechtigten Folge zu leisten; tut er dies nicht, so handelt er rechtswidrig und kann, wie in anderen Fällen, im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung zur Erfüllung seiner Verpflichtung gezwungen werden. Wenn demnach auch die materielle Seite des vorliegenden Rechts gegenüber der formellen stark in den Hintergrund tritt, so ist sie doch immerhin vorhanden; man kann daher zwar wohl mit den Motiven[1]) von einer „mehr formalen“ Natur des Rechtes sprechen, darf aber nicht übersehen, daß der formellen Seite des Rechts ein materiellrechtlicher Anspruch zugrunde liegt.

bb) Will man daher die Frage, ob der Anspruch auf Vollziehung einer Auflage als ein Forderungsrecht im Sinne des Obligationenrechts anzusehen ist, beantworten, so kann dies nur geschehen, indem man die Begriffe „Anspruch“ und „Forderungsrecht“ gegen einander abgrenzt. Nach § 214 ist der Gläubiger „kraft des Schuldverhältnisses berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern“, die auch in einem Unterlassen bestehen kann; und nach § 194 ist „Anspruch“

[1]) Mot. V, S. 214.

das „Recht ein Tun oder Unterlassen zu verlangen". Kraft des Schuldverhältnisses hat somit der Gläubiger einen oder mehrere Ansprüche; er ist berechtigt, eine Leistung zu fordern, er hat ein Forderungsrecht, welches mit dem aus dem Schuldverhältnisse hervorgehenden Anspruch regelmäßig zusammenfallen, häufig allerdings auch eine Mehrheit von Ansprüchen umfassen wird. Danach erzeugt also jedes Schuldverhältnis mindestens einen Anspruch; es fragt sich aber, ob nach dem Sinne des Gesetzes auch überall dort, wo ein Anspruch vorliegt, ein Schuldverhältnis vorhanden ist. Dies wird von manchen, z. B. Hellwig[1]), der Anspruch und Forderungsrecht identifiziert, angenommen. Es dürfte jedoch der herrschenden Meinung zu folgen sein, die dahin geht, daß dem Sinne des Gesetzes, wie er sich in System und Ausdrucksweise zu erkennen gibt, eine derartige Gleichstellung nicht entspricht[2]). Das Gesetz scheidet Ansprüche, die aus Schuldverhältnissen hervorgehen, von anderen, die in absoluten Rechten, in sachenrechtlichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Verhältnissen, ihren Ursprung haben. Damit ist nicht gesagt, daß aus derartigen Verhältnissen nicht auch Schuldverhältnisse entspringen könnten; der Unterschied der dinglichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüche gegenüber den schuldrechtlichen besteht vielmehr darin, daß ihr Inhalt und Umfang

---

[1]) Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 5 f., 39 f.

[2]) Planck II, S. 4, 5; Oertmann, S. 3; Crome, Bürg. R. II, 1 S. 4, 5; u. a.

im Gegensatz zu dem der obligatorischen Rechte eng begrenzt ist, weil sie nur auf Herstellung oder Erhaltung des dem absoluten Rechte, aus dem sie hervorgehen, entsprechenden Zustandes gerichtet, und daher nur dann gegeben sind, wenn dieser Zustand gestört oder bedroht ist. Wo ein Anspruch auf mehr als auf bloße Herstellung dieses Zustandes, z. B. auf Schadensersatz, gerichtet ist, liegt schon ein obligatorisches Recht vor[1]).

Diese Scheidung kann für den vorliegenden Anspruch aber nicht in Frage kommen. Daß er nicht auf Herstellung eines einem absoluten Rechte entsprechenden Zustandes gerichtet und mithin nicht etwa, wie der Erbschaftsanspruch des § 2018, ein eigentümlich erbrechtlicher Anspruch ist, dürfte von vornherein klar sein; denn ein absolutes Recht der aus § 2194 Berechtigten das etwa den dem letzten Willen des Erblassers entsprechenden Zustand zum Gegenstande hätte, gibt es nicht. Aus diesem Grunde ist auch die Ansicht Cosacks[2]) abzulehnen, der dem Anspruche personenrechtliche Natur beilegt. Eine gewisse persönliche Beziehung der Berechtigten zum Erblasser und dem Beschwerten ist allerdings vorhanden, und sie ist sogar für die Bestimmung der Berechtigten maßgebend; gleichwohl steht ihnen aber das Recht nicht um dieser Beziehung willen zu, etwa um ein durch sie begründetes Recht oder Interesse zu schützen, wie es bei den Personen-

---

[1]) Vgl. Planck, a. a. O.; Oertmann, a. a. O.; Crome, a. a. O.

[2]) Cosack, Bürg. R. II, § 407.

rechten der Fall ist, sondern der Anspruch ist, wie im weiteren darzulegen ist, vom Rechte aus ganz anderen Gründen geschaffen und den in § 2194 genannten Personen nur deshalb übertragen, weil sie wegen ihrer persönlichen Beziehungen als die geeignetsten Träger dieses Rechtes erscheinen.

cc) Es bleibt daher, wenn man den Anspruch aus § 2194 nicht zu den Forderungsrechten zählen will, nur übrig, den Nachweis zu führen, daß es auch außer den aus absoluten Rechten entspringenden Ansprüchen noch andere gibt, die nicht zu den Forderungsrechten gehören.

Dies versucht Kohler[1]). Aus seinen Ausführungen geht hervor, daß er das Wesen dieses Anspruches darin findet, daß er zwar ein „Recht", aber nur im Sinne von „Befugnis", daß er eine „Möglichkeit" ist, etwas „verlangen zu dürfen", ohne daß ihm auf der Gegenseite von vornherein eine entsprechende Verbindlichkeit gegenüberstände, wie dies bei einem Forderungsrechte immer der Fall ist.

Kohler versteht also unter dem „Anspruch", der nicht aus einem Schuldverhältnisse hervorgeht, die vom Rechte verliehene Fähigkeit, durch eine bloße Willensäußerung auf der Gegenseite eine Verbindlichkeit zu erzeugen, die bis dahin nicht vorhanden ist. Bevor der Berechtigte einen derartigen Anspruch irgendwie geltend macht, ist dieser nach Kohler[2]) für das

---

[1]) Kohler, Arch. bürg. R. Bd. 21, S. 259 ff.

[2]) Kohler, a. a. O., S. 262.

Recht nicht vorhanden, wird er vom Rechte nicht berücksichtigt[1]). „Der Anspruch ist nur dann im Vermögen des Berechtigten, wenn er es will und wenn er diesen Willen zum Ausdrucke bringt; er ist erst dann in seinem Vermögen, wenn er es will. Er (der Berechtigte) ist darum nicht einem gegenwärtigen, sondern einem künftigen Gläubiger gleichzustellen."

Als einen derartigen Anspruch, dem eine Verpflichtung von vornherein nicht gegenübersteht, sieht Kohler auch das in § 2194 BGB. gewährte Recht an. Nach seiner Ansicht steht dem „Verlangenkönnen" der Berechtigten eine Verpflichtung des Beschwerten zunächst nicht gegenüber, eine solche entsteht vielmehr erst dann, wenn verlangt wird. Vorher hätte der Berechtigte danach zwar seinerseits eine gewisse Beziehung zum Beschwerten, nicht aber auch dieser, wie es bei einem Schuldverhältnis der Fall wäre, zum Berechtigten. Das Recht aus § 2194 wäre mithin kein Forderungsrecht, sondern nur eine „Vollstreckungsmacht", eine „Befugnis"[2]), die den genannten Personen und nur ihnen zusteht, mithin höchstpersönlich ist.

Ob dies aber die richtige Erklärung ist, ist doch fraglich. Mit zwingenden Gründen läßt sie sich allerdings wohl nicht widerlegen; aber einmal führt sie, wie sich im weiteren zeigen wird, zu unbefriedigenden praktischen Ergebnissen, und ferner trägt sie den Charakter des Willkürlichen. Daß der Beschwerte dem Anspruchs-

---

[1]) Kohler, a. a. O., S. 262, 263.

[2]) Haymann, S. 166, 168.

berechtigten gegenüber erst zur Vollziehung verpflichtet ist, wenn dieser eine dahingehende Willensäußerung ihm gegenüber getan hat, ist eine willkürliche Annahme ohne zwingenden Grund. Es kann ebensogut angenommen werden und ist als das Regelmäßige wohl das Natürlichere, daß das Gesetz, welches dem einen das Recht gibt, etwas zu verlangen, gleichzeitig dem anderen die Verpflichtung auferlegt, diesem Verlangen nachzugeben. Diese Verpflichtung besteht wohl nicht erst, wenn der Berechtigte die Leistung verlangt, sondern schon dann, wenn er sie verlangen kann. Man könnte höchstens sagen, daß die Verpflichtung durch das „Verlangen" des Berechtigten aufschiebend bedingt ist, daß der Beschwerte die Leistung zu bewirken hat, w e n n der Berechtigte sie verlangt; aber auch dies ist wohl nicht empfehlenswert, weil die Verpflichtung des Beschwerten dann in ihrem Bestehen von dem bloßen Belieben des Berechtigten abhängig wäre. Die Geltendmachung der Forderung ist ja auch bei obligatorischen Ansprüchen, wo die Verbindlichkeit sofort besteht, dem Belieben des Gläubigers überlassen. Auch im Falle des § 810 „kann" der Berechtigte verlangen, — ganz wie in § 2194 — und doch liegt hier sofort eine Verpflichtung vor, und zwar nicht einmal eine durch das „Verlangen" des Berechtigten aufschiebend bedingte. Es liegt aber wohl kein Grund vor zu der Annahme, daß dies in § 2194 anders sein sollte. Das Natürliche ist vielmehr, daß der Beschwerte von Anfang an verpflichtet ist, dem Verlangen des Berechtigten nachzugeben. Eine Ausnahme von dieser Regel bedürfte der Begründung:

eine solche ist aber im vorliegenden Falle nicht vorhanden.

dd) Es ist also wohl anzunehmen, daß dem Anspruche auf Vollziehung einer Auflage von vornherein eine entsprechende Verbindlichkeit gegenübersteht. Da der Anspruch auch nicht auf Herstellung des einem absoluten Rechte entsprechenden Zustandes gerichtet ist, muß er als Forderungsrecht betrachtet werden. Denn der Umstand, daß die Berechtigten nicht um ihrer selbst willen fordern können, dessentwegen Haymann[1]) die Forderungsrechtsnatur des Anspruches bestreitet, ist wohl gleichfalls nicht geeignet, eine derartige Unterscheidung zu rechtfertigen, da das Gesetz ein derartiges Erfordernis nirgends aufstellt.

II. Das Recht aus § 2194 ist sonach zu den Forderungsrechten zu zählen. Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß es gegenüber anderen Forderungsrechten erhebliche Besonderheiten aufweist. Bevor deshalb auf die Frage nach der Vererblichkeit, Veräußerlichkeit und Verzichtbarkeit des Rechtes eingegangen werden kann, müssen zunächst die Besonderheiten seines Wesens festgestellt werden, damit dann im einzelnen geprüft werden kann, inwieweit sich aus ihnen für die praktische Behandlung Abweichungen von den allgemeinen Regeln ergeben.

a) Der in § 2194 gegebene Anspruch stellt das Mittel dar, welches das BGB. gibt, um die Vollziehung einer Auflage erzwingbar zu machen. Dieses Mittel

[1]) Haymann, S. 166.

ist gegenüber dem früheren Rechte neuartig; aus der Geschichte kann daher eine unmittelbare Klärung von Fragen, die dieses Recht zum Gegenstande haben, nicht erwartet werden. Gleichwohl ist sie auch hier nicht bedeutungslos. Die Betrachtung der Mittel, die das frühere Recht zur Erzwingung der Auflage anwandte, und ihres Verhältnisses zur Auflageverpflichtung wirft, da diese letztere ihrem Wesen nach dieselbe geblieben ist, auch ein Licht auf das Verhältnis des in § 2194 gewährten Anspruches zur Auflageverpflichtung, und damit auch auf das Wesen des Anspruches selbst.

1. Es soll daher im Folgenden zunächst ein kurzer Überblick gegeben werden über die Art, in der das frühere Recht die Auflagevollziehung zu erzwingen suchte, und über das Verhältnis der dazu angewandten Mittel zu der durch die Auflage begründeten Verpflichtung.

aa) Letztwillige Anordnungen[1]) nach Art der Auflage wurden im römischen Rechte erst seit Anfang der Kaiserzeit berücksichtigt, ohne daß man jedoch zunächst von einem Institut der Auflage sprechen könnte. Man fing vielmehr erst an, derartige Anordnungen, die sich in verschiedenster Form und unter mannigfacher Bezeichnung finden, zu beachten, ohne zunächst zu einheitlichen Grundsätzen zu gelangen. Ihre Behandlung erfolgte mehr nach Zweckmäßigkeitsrücksichten im einzelnen Falle, als nach festen juristischen Grundsätzen. Man empfand es als billig, den Beschwerten zur Er-

[1]) Vgl. bes. Pernice, Laboe, III, S. 12, 32 ff.

füllung derartiger Anordnungen des Erblassers anzuhalten, hatte aber zunächst kein Mittel, dies durchzuführen. Man mußte erst ein solches schaffen, und dazu boten die Amtsgewalt des Prätors und das Extraordinarverfahren die Mittel.

Die Einwirkung[1]) des Prätors erfolgte auf indirektem Wege. Sie geschah dadurch, daß der Prätor den Beschwerten an der Geltendmachung seines Rechtes hinderte, wenn er nicht die Erfüllung der Auflage durch Kaution sicher stellte. War die Auflage einem Legatar auferlegt, so verweigerte er ihm entweder die Vermächtnisklage, oder gab dem Erben die exceptio doli. Es geschah dies bemerkenswerter Weise auch dann, wenn der Erbe ein Interesse an der Vollziehung der Auflage nicht hatte[2]).

Hatte der Legatar das Vermächtnis ohne Kautionsleistung erhalten, so ist es zweifelhaft, ob nach klassischem Rechte die Auflage noch erzwingbar war. Die herrschende gemeinrechtliche Lehre nimmt an, daß in solchem Falle der Erbe bei Nichterfüllung der Auflage ein Rückforderungsrecht gehabt habe, um dann die Kaution erzwingen zu können[3]). In jedem Falle richtete sich der Zwang aber nicht unmittelbar auf Erfüllung der Auflage, sondern nur auf Kautionsleistung.

---

[1]) Pernice, S. 36 ff.; Windscheid, Voraussetz. Nr. 104.

[2]) fr. 19 de leg. 3; fr. 48 de fideic. lib. 40, 5.

[3]) v. Savigny III, S. 234; Anm. c.; Windscheid, Voraussetz. S. 168; Erxleben, S. 271 ff., 280 u. a.; a. A. Pernice, S. 34 f. u. S. 293.

War ein Erbe mit der Auflage beschwert, so konnten diese Mittel keine Anwendung finden. Ein gewisser Zwang wurde aber auch gegen ihn ausgeübt. Abgesehen davon, daß etwaige Miterben ihn in der actio familiae erciscundae zur Vollziehung anhalten konnten, konnte allerdings nur die Obrigkeit mit außerordentlichem Zwange einschreiten; eine Befugnis, die sie auch gegenüber dem Legatar hatte[1]). Dieser außerordentliche Zwang trat aber nur da ein, wo ein öffentliches Interesse in Frage stand, er bezog sich „nicht auf den Schutz des Modus überhaupt, sondern nur auf den besonderen Inhalt desselben[2])". In anderen Fällen war die Auflage den Erben gegenüber unerzwingbar.

Ohne Bedeutung für diese Entwickelung war es, daß Kaiser Gordian in den Fällen, in denen durch die Auflage bestimmten Personen Vorteile zugewendet wurden, die Fideikommißklage für zulässig erklärte[3]). Hierdurch schieden nur derartige Anordnungen aus dem Gebiete der Auflage aus und wurden zu Fideikommissen; das Wesen der Auflage besteht eben gerade darin, daß sie niemandem ein Gläubigerrecht auf die Leistung zuwendet.

Um die Vollziehung der Auflage besser als bisher sicher zu stellen, machte sich weiterhin das Bestreben bemerkbar, die Fälle, in denen die Staatsgewalt mit

---

[1]) v. Savigny III, S. 233, Nr. 1; Windscheid, Vorauss. S. 169; Erxleben, S. 285 Anm. 70; fr. 18 § 2 fam. erc. 10, 2; fr. 7 de ann. leg. 33, 1; fr. 50, § 1 de her. pet. 5, 3.

[2]) v. Savigny, S. 235, Anm. h.

[3]) c. 2 de his quae s. modo 6, 45.

außerordentlichem Zwange eingriff, immer mehr zu vermehren. Diese Entwickelung erreichte unter Justinian ihren Abschluß. Dem Richter war jetzt das Eingreifen in weitem Umfange zur Pflicht gemacht; außerdem blieb das Eingreifen der Verwaltungsbehörden auch weiterhin zulässig[1]). Endlich wurde ganz allgemein in Nov. 1 c. 1 bestimmt, daß jeder bei Verlust der erhaltenen Zuwendung verpflichtet sein sollte, die vom Erblasser auf sie gelegten Beschwerungen, also auch Auflagen, zu erfüllen; über die Ausführung zu wachen lag dem Gerichte ob.

Diese Regelung ging im wesentlichen ins gemeine Recht über, nur daß das Aufsichtsrecht des Staates vielerorts womöglich noch erweitert wurde, so daß die Obrigkeit vielfach als „supremus executor testamenti" erschien[2]). Ganz besonders durchgeführt ist dieses Prinzip im österreichischen Rechte, wo der Erbe bei Fehlen eines ernannten Testamentsvollstreckers fast die Stellung eines solchen kraft Gesetzes hat, wobei er unter ständiger Aufsicht des Abhandlungsgerichtes steht[3]).

Im Preußischen Allgemeinen Landrecht wurden die Mittel zur Erzwingung der Auflage ihrem Umfange, nicht aber ihrem Wesen nach geändert, und zwar in einschränkendem Sinne. Die Einwirkung des Staates

---

[1]) Pernice, S. 39, 175 f.; Dernburg, Pand. III, § 84 Anm. 3.

[2]) Gruchot, Pr. Erbr. II, S. 161.

[3]) Unger, Österr. Erbr. § 18 Anm. 4; §§ 817 u. 819 österr. BGB.

tritt hier fast gänzlich zurück. Nur wenn ein öffentliches Interesse in Frage kommt, kann der Staat auf die Vollziehung der Auflage „dringen“ (I, 12 § 514). Im übrigen ist zwar in § 509, I, 12 die Verbindlichkeit des „Endzweckes“, worin auch die Auflage inbegriffen ist, anerkannt, das einzige Zwangsmittel aber liegt darin, daß nach § 510 der Beschwerte die Zuwendung verliert, wenn er zur Erfüllung der Auflage durch eigenes Verschulden außerstande kommt.

Eine weitere Fortbildung des preußischen Rechtes bedeutet die Art, wie das Sächsische BGB. den Vollziehungszwang regelt[1]). Auch bei ihm ist das Zwangsmittel die in dem Falle der Nichterfüllung erfolgende Entziehung der Zuwendung. Es ist aber insofern weitgehender, als das Pr. ALR., als es jedem, „dem an der Vollziehung der Auflage gelegen ist“ (§ 2152) das Recht gibt, den Beschwerten zur Vollziehung der Auflage aufzufordern mit der Wirkung, daß er die Zuwendung verliert, wenn er der Aufforderung nicht Folge leistet, bezw. eine ihm auf Antrag eines Berechtigten gesetzte richterliche Frist verstreichen läßt. Auch kann der Beschwerte die Aushändigung der Zuwendung, wie im römischen Rechte nur verlangen, wenn er für Vollziehung der Auflage Sicherheit leistet (§ 2151).

bb) Aus allen diesen Regelungen geht hervor, daß zu allen Zeiten das Recht nach einem Mittel gesucht hat, um die Erfüllung einer von ihm anerkannten Verbindlichkeit, die, weil von Natur ein Berechtigter nicht

---

[1]) Sächs. BGB. §§ 2151, 2152.

vorhanden ist, an sich völlig dem guten Willen des Verpflichteten überlassen wäre, auch rechtlich erzwingbar zu machen. Ein allgemeiner direkter Anspruch auf Vollziehung der Auflage besteht nicht, und er wird auch vom Rechte nicht geschaffen. Vielmehr ist der Zwang, der auf den Beschwerten ausgeübt wird, regelmäßig nur ein indirekter; nur in wenigen Fällen, in denen ein öffentliches Interesse vorliegt, wird die Vollziehung der Auflage von der Staatsgewalt mit öffentlich rechtlichen Mitteln direkt erzwungen. Aber auch wo der Zwang nur indirekt ist, geht er bezeichnenderweise in erster Linie von der Staatsgewalt aus.

Wenn aber auch ein Recht auf die Vollziehung der Auflage niemandem zusteht, so besteht doch andererseits eine dahingehende Pflicht des Beschwerten. Es ist dies keine obligatorische Verpflichtung, keine Rechtspflicht, wie auch die Quellen[1]) anerkennen, da ja der Gläubiger fehlt; die Verpflichtung ist vielmehr ihrem Wesen nach eine sittliche, eine Fidespflicht[2]). Der Wille des Erblassers ist für den Erben „auctoritas" (fr. 7 de ann. leg. 33, 1). Diesem Willen Folge zu leisten, ist Pietäts- und Treuepflicht jedes Bedachten. Deshalb steht dem Legatar, der auf Auszahlung des Vermächtnisses klagt, ohne für Erfüllung der darauf gelegten Auflage Sicherheit leisten zu wollen, die exceptio doli entgegen, und zwar selbst dann, wenn der beklagte Erbe an der Erfüllung kein eigenes Interesse hat[3]).

[1]) fr. 50, 1 de her. pet. 5, 3; fr. 7 de ann. leg. 33, 1.
[2]) Pernice, S. 38, 55, 175 f.
[3]) fr. 19 de leg. 3.

Der Legatar handelt dolos, wenn er sein Recht aus der Zuwendung geltend macht, ohne die vom Erblasser verlangte Leistung bewirken zu wollen, wenn er „auf sein formales Recht gestützt, dem erkennbaren Willen des Erblassers zuwiderhandelt[1])". Hieraus erklärt sich auch der poenale Charakter der Zwangsmittel, der sich bis an die neueren Gesetzgebungen erhalten hat. Der Grundgedanke ist immer derselbe. Der Beschwerte soll die Zuwendung verlieren, wenn er die Auflagepflicht nicht erfüllt. Nur die Mittel zur Herbeiführung dieser Verwirkung sind verschieden.

Neben dieser Entziehung der Zuwendung zum Zwecke der Bestrafung des als unwürdig erscheinenden Bedachten entwickelt sich unabhängig davon aus dem direkten, durch unmittelbaren Eingriff des Gerichts oder der Verwaltungsbehörden geübten Zwange zur Vollziehung der Auflage das weitgehende staatliche Aufsichtsrecht, wie es besonders in Österreich durch das Abhandlungsgericht geübt wird. Hier macht es sich der Staat zur Aufgabe, für die Durchführung des letzten Willens des Erblassers unmittelbar zu sorgen. Aber auch hier wird der Zwang in der Regel nicht durch direkte Durchsetzung der Auflageleistung, sondern dadurch ausgeübt, daß dem Beschwerten die Zuwendung vorenthalten, bezw. entzogen, er also für die Nichterfüllung bestraft wird.

2. Aus alledem geht hervor, daß der im Interesse der Vollziehung der Auflage auf den Beschwerten aus

---

[1]) Pernice, a. a. O., S. 38.

geübte Zwang mit der Auflageverpflichtung nichts anderes zu tun hat, als daß er ihr Bestehen voraussetzt. Dieses Verhältnis ist auch durch das BGB. nicht geändert, nur ist bei ihm das Mittel zur Erzwingung ein anderes.

Das Strafmoment kennt das BGB. nicht mehr[1]). Der Beschwerte verliert im Falle der Nichterfüllung der Auflage die Zuwendung nur, wenn ein dahingehender Wille des Erblassers anzunehmen ist, dann aber in gleicher Weise, mag die Erfüllung mit oder ohne sein Verschulden unterblieben sein, also nicht zur Strafe (§ 2195). Anderenfalls verliert er nur soviel, als er durch die Nichtleistung erspart, worum er also, wenn er es behielte, vermutlich gegen den Willen des Erblassers bereichert wäre. Ebenso ist dem BGB. das staatliche Aufsichtsrecht fremd. Nur wenn die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt, kann die Behörde die Vollziehung verlangen, aber auch in diesem Falle steht sie den übrigen Berechtigten völlig gleich, kommt also nicht als Behörde, sondern nur als Vollziehungsberechtigter in Betracht.

Die Auflage aber hat die ihr Wesen ausmachende Eigentümlichkeit, daß sie zwar eine Verpflichtung begründet, aber nur eine solche, der kein Berechtigter, kein Gläubiger gegenübersteht, behalten. Deshalb mußte auch das BGB. ein Mittel finden, das eine gewisse Gewähr dafür bietet, daß die Erfüllung der Auflageverpflichtung nicht bloß dem guten Willen des Beschwerten überlassen bleibt, sondern gegebenenfalls

[1]) Prot. V, S. 246; Crome, Part. Rechtsgesch. S. 534 Anm. 11; Endemann III, S. 319, Anm. 30; Gottbehüt, S. 45.

auch gegen seinen Willen durchgesetzt werden, daß sie erzwungen werden kann. Dieses Mittel stellt das in § 2194 gewährte Recht dar, welches den Erben, Miterben, demjenigen, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten käme, — der also eventuell auf die Zuwendung berechtigt wäre —, sowie endlich bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der Vollziehung der Auflage auch der zuständigen Behörde gegeben wird. Dieses Recht stellt aber auch einzig und allein das Mittel zur Erzwingung der Auflagevollziehung dar, nichts anderes; es ist nur wegen der in ihrem Wesen begründeten Unvollkommenheit der Auflageverpflichtung, daß ihr kein Gläubiger gegenübersteht, geschaffen. Dies zeigt sich besonders in zweifacher Weise:

1. hat der Anspruch im Gegensatz zu dem des Schenkers bei der Schenkungsauflage mit der durch die Auflage begründeten Verbindlichkeit des Beschwerten nichts anderes zu tun, als daß er sie zum Gegenstande hat und daher ihr Bestehen voraussetzt; er bildet nicht etwa das der Verpflichtung entsprechende Gläubigerrecht;

2. ist er den in § 2194 genannten Personen nicht um ihretwillen, nicht in ihrem eigenen Interesse gegeben, sondern nur im Interesse der Vollziehung des letzten Willens des Erblassers; daher hat er auch für seine Inhaber grundsätzlich keinen Vermögenswert.

b) 1. Ein Beschenkter kann von dem Schenker durch Auflage zu einer Leistung verpflichtet werden, die für den Schenker selbst keinen Vermögenswert,

für seine Erben vielleicht überhaupt kein Interesse hat (§ 520 BGB.). Gleichwohl kann sowohl der Schenker als auch sein Erbe die Vollziehung der Auflage verlangen. Das Verhältnis liegt also anscheinend genau so wie im Falle der letztwilligen Auflage, besonders nach dem Tode des Schenkers, wo, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt, „auch" die zuständige Behörde — außerdem also auch die Erben des Schenkers — die Vollziehung der Auflage verlangen kann[1]), ganz wie in § 2194. Und doch ist der Anspruch des Schenkers und seiner Erben ganz anders geartet als der Anspruch der aus § 2194 berechtigten Personen, während das Recht der zuständigen Behörde, worauf indessen hier nicht näher einzugehen ist, diesem letzteren gleichgeartet ist. Bei der Schenkungsauflage begründet der Schenker die Verpflichtung des Beschenkten selbst; die Auflageleistung wird ihm versprochen, — was auch stillschweigend durch Annahme der Schenkung geschehen kann, — und er erwirbt deshalb ein Recht auf sie wie aus jedem anderen Vertrage, ein Recht, das ihm deshalb zusteht, weil er es selbst begründet hat, und über welches er somit verfügen, welches auch auf seine Erben übergehen kann, wie jedes andere Recht aus einem Vertrage[2]). Gegenstand dieses Anspruches bildet die auferlegte Leistung; der Schenker kann dem Beschwerten diese somit erlassen, er kann eine andere Leistung an Erfüllungsstatt annnehmen u. s. f.; das

---

[1]) BGB. § 525 Abs. 2; vgl. Haymann, S. 172.

[2]) Haymann, S. 173.

Gleiche gilt auch von den Erben, da ihnen das Recht genau in derselben Weise zusteht, wie dem Schenker selbst. Geht das Recht durch Vererbung auf den Beschenkten über, so erlischt es durch Konfusion, wie jedes andere Recht es auch tun würde.

Dagegen ist bei der letztwilligen Auflage derjenige, der die Verbindlichkeit des Beschwerten begründet hat, notwendig nicht mehr am Leben, wenn die Verpflichtung zur Entstehung kommt. Ihm selbst steht also ein Recht auf die Leistung im Gegensatz zum Schenker niemals zu; es kann somit ein solches auch nicht auf seine Erben übergehen. Die Verpflichtung zur Leistung besteht also, ohne daß ihr ein Berechtigter gegenübersteht. Sie würde auch bestehen, wenn das Gesetz ein Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, nicht gewährte und würde auch dann mehr als eine bloße Naturalobligation sein, da sie, abgesehen davon, daß ein Testamentsvollstrecker sie erfüllen müßte (§ 2203), zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehört (§ 1967 Abs. 2), weshalb ein Nachlaßverwalter sie nach § 1985 Abs. 1 als solche zu berichtigen hätte.

Das BGB. gibt nun den in § 2194 genannten Personen das Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, aber es schafft dadurch nicht etwa eine der Auflageverpflichtung entsprechende Berechtigung. Es tut dies ebensowenig, wie das frühere Recht es getan hat, und es könnte dies gar nicht tun, ohne das Institut der Auflage als solches zu vernichten. Wo man im früheren Rechte etwas derartiges versuchte, indem man z. B. dem durch die Auflage Begünstigten ein Forderungs-

recht auf die Leistung zuerkannte, schieden diese Fälle nur aus dem Gebiete der Auflage aus und wurden zu Fideikommissen. Wollte das Gesetz daher allgemein bestimmten Personen ein Recht auf die Auflage zuerkennen, so würde „die Auflage zu einer besonderen Art des Vermächtnisses werden, die sich nur dadurch von anderen Vermächtnissen unterschiede, daß die Person des Berechtigten durch Gesetz, anstatt durch letztwillige Verfügung bestimmt wäre[1])". Das Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, welches das BGB. in § 2194 den dort genannten Personen gibt, kann daher nur bedeuten, daß diese Personen berechtigt sind, von dem Beschwerten die Erfüllung der durch die Auflage begründeten Verbindlichkeit zu verlangen[2]), daß diese Verbindlichkeit aber völlig selbständig ist, daß sie nur den Gegenstand des durch § 2194 gegebenen Anspruches, nicht aber die ihm entsprechende Verpflichtung bildet, und somit zwar die Voraussetzung für das Bestehen des Anspruches bedeutet, sonst aber nichts mit ihm gemein hat, insbesondere selbst von dem Vorhandensein eines Anspruchsberechtigten und folglich dem Bestehen des Anspruches völlig unabhängig ist. Sie kann sogar auf den einzigen Anspruchsberechtigten durch Vererbung übergehen, wodurch zwar der Anspruch, nicht aber die Auflageverpflichtung erlischt.

Es ist z. B. ein Alleinerbe mit einer Auflage beschwert, er stirbt und wird von demjenigen beerbt,

---

[1]) Haymann, S. 165.

[2]) Crome, Part. Rechtsgesch. S. 533; Gottbehüt, S. 37.

dem sein Wegfall unmittelbar zustatten gekommen wäre; ein öffentliches Interesse an der Vollziehung der Auflage besteht nicht. Hier geht die Pflicht zur Erfüllung der Auflage, wie jede andere Verbindlichkeit, auf den Erben des Erben über, der zugleich der einzige ist, dem nach § 2194 der Anspruch auf Vollziehung der Auflage zusteht. Stände hier der Anspruch der Verbindlichkeit gegenüber, wie Forderung der Schuld, so müßte nach den allgemeinen Regeln Aufhebung beider durch Konfusion erfolgen, wie es der Fall ist, wenn der mit einer Auflage beschwerte Beschenkte den Schenker beerbt. Hier ist dies nicht der Fall. Es würde auch dem Zwecke, den das Gesetz durch die Bestimmung des § 2194 verfolgt, nämlich die Auflagevollziehung sicher zu stellen, widersprechen, wenn gerade das zur Erreichung dieses Zweckes gewählte Mittel die Ursache werden sollte, um die Verpflichtung überhaupt zum Erlöschen zu bringen, und zwar nur aus dem Grunde, weil zufällig nicht noch ein anderer Berechtigter vorhanden ist. Wäre dies der Fall, so würde ihm das Recht ohne weiteres zustehen. Aber auch einem Testamentsvollstrecker würde wohl die Befugnis zuerkannt werden müssen, nach § 2203 die Auflage zu vollziehen oder nach § 2208 Abs. 2 ihre Vollziehung von dem Erbeserben zu verlangen, obwohl das Vorhandensein eines solchen kein Grund wäre, eine sonst durch Konfusion erfolgende Aufhebung der Verbindlichkeit zu verhindern. Daß ein Testamentsvollstrecker die Vollziehung weiterhin verlangen bezw. selbst ausführen könnte, ist demnach ein Beweis, daß eine Aufhebung

nicht eintritt. Ebenso würde auch bei Anordnung einer Nachlaßverwaltung der Nachlaßverwalter die Auflage nach § 1885 Abs. 1 als Nachlaßverbindlichkeit zu berichtigen haben, und endlich könnte, wenn sich nachträglich ein öffentliches Interesse an der Vollziehung der Auflage einstellte, die zuständige Behörde die Vollziehung auch nach dem Übergange der Verpflichtung auf den einzigen Berechtigten verlangen. Dies alles sind Zeichen dafür, daß die Auflageverbindlichkeit von dem Bestehen des Anspruches auf Vollziehung völlig unabhängig ist, daß Anspruch und Verbindlichkeit hier nichts miteinander zu tun haben.

Aber das Recht aus § 2194 ist ein Anspruch. Als solchem muß ihm auch, wenn man von Kohlers Theorie absieht, eine Verpflichtung entsprechen, deren Gegenstand auch Gegenstand des Anspruches ist, nur von der Schuldnerseite aus gesehen. Eine solche Verpflichtung ist auch im vorliegenden Falle vorhanden; ihr Gegenstand ist, wie der des Anspruchs, die Erfüllung der durch die Auflage begründeten gläubigerlosen Verbindlichkeit. Der Beschwerte ist auf Grund des § 2194 den dort genannten Personen gegenüber verpflichtet, die ihm durch letztwillige Verfügung des Erblassers auferlegte Verpflichtung zu erfüllen; er ist also verpflichtet zur Erfüllung einer anderweitigen Verbindlichkeit, und auf diese Erfüllung richtet sich der Anspruch der Berechtigten. Es besteht somit zwischen den Berechtigten und dem Beschwerten auf Grund von §2194 ein Schuldverhältnis, dessen Gegenstand

die Erfüllung der durch die Auflage begründeten Verbindlichkeit bildet.

Praktisch wird dies allerdings häufig nicht in Erscheinung treten, denn der Anspruch auf Erfüllung einer Verbindlichkeit wird eben durch die Erfüllung dieser Verbindlichkeit, d. h. hier durch Vornahme der auferlegten Leistung, befriedigt; gleichwohl bildet diese letztere nur mittelbar den Gegenstand des Anspruchs der aus § 2194 berechtigten Personen, nämlich nur, weil sie Gegenstand der Auflageverbindlichkeit ist. Diese Unterscheidung ist durchaus nicht bedeutungslos. Erst durch sie wird verständlich, warum der Anspruch auch des einzigen Berechtigten fortfallen kann, ohne daß die Verpflichtung des Beschwerten zur Erfüllung der Auflage erlischt, warum sogar der einzige Berechtigte den Beschwerten beerben kann, ohne daß eine Aufhebung der Verpflichtung durch Konfusion eintritt.

Fällt nämlich der einzige Auflageberechtigte weg, so erlischt mit seinem Anspruche nur die ihm gegenüber bestehende Verpflichtung des Beschwerten zur Erfüllung der Auflageverpflichtung; diese selbst bleibt unberührt, da sie nur das Objekt jener weggefallenen Verbindlichkeit bildete. Entsteht daher nachträglich ein Grund, der einem anderen einen Anspruch auf Erfüllung der Auflage gibt, wie z. B. ein nachträglich entstehendes öffentliches Interesse der zuständigen Behörde, so ist die Auflagepflicht noch immer vorhanden; ihre Erfüllung kann also wiederum den Gegenstand eines Anspruches bilden. Geht die Verpflichtung aus der Auflage auf den einzigen Berechtigten durch Ver-

erbung über, so tritt allerdings eine Vereinigung von Anspruch und Verbindlichkeit, demnach Konfusion ein; aber konfundiert und somit aufgehoben wird nur der Anspruch des Erben auf Erfüllung der Auflageverbindlichkeit und die entsprechende, ihm gegenüber bestehende Verpflichtung zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit, nicht aber die Auflageverpflichtung selbst; diese bleibt vielmehr auch hier von dem Erlöschen des Anspruches auf ihre Erfüllung und der diesem entsprechenden Verbindlichkeit unberührt.

2. Die Erfüllung der durch die Auflage begründeten Verbindlichkeit hat der Anspruch aus § 2194 somit zum Gegenstande; sie erzwingbar zu machen und dadurch den letzten Willen des Erblassers hinsichtlich der Auflage zur Durchführung zu bringen, ist sein einziger Zweck. Dieses Motiv, die Erzwingung der Vollziehung der Auflage, tritt auch im römischen Rechte hervor, wo dem Erben, wie erwähnt, gegen den beschwerten Legatar die exceptio doli auch bei mangelndem eigenen Interesse gegeben wurde[1]); „der Wille des Erblassers ist als sein wohlbegründetes Interesse zu betrachten“[2]). Im BGB. ist die Erfüllung dieses Willens des Erblassers — abgesehen von dem Anspruche der Behörde, der aus Gründen des Gemeinwohles gegeben ist — der einzige Zweck, zu dem der Anspruch gegeben ist. „Er ist gegeben, nicht im eigenen Interesse seiner Inhaber, sondern ausschließlich und letztlich zur

[1]) fr. 19 de leg. 3.

[2]) v. Savigny III, S. 234.

Durchführung des dem Beschwerten vom Erblasser auferlegten Verhaltens[1])."

Die Berechtigten haben demnach ihren Anspruch nicht in eigenem, sondern ausschließlich in fremdem Interesse; immerhin haben sie ihn aber als eigenes Recht, in eigenem Namen[2]). Sie sind Träger einer Rechtsmacht in fremdem Interesse, mithin „Treuhänder[3])", da die wesentlichen Merkmale der Treuhänderschaft hierdurch gegeben sind[4]). Sie sind es in derselben Weise, wie der Testamentsvollstrecker, nur daß diesem seine Befugnisse kraft letztwilliger Verfügung, den in § 2194 genannten Personen dagegen kraft Gesetzes zustehen. Haymann spricht daher von „geborenen und gekorenen Vollstreckern des letzten Willens"[5]). Allerdings steht ihrer Rechtsmacht nicht, wie beim Testamentsvollstrecker, eine Rechtspflicht zu ihrer Ausübung gegenüber; an der Treuhandnatur des Rechtes ändert dies aber nichts. Eine Rechtspflicht pflegt zwar gewöhnlich dem Treuhandrechte zu entsprechen, doch ist dies nicht erforderlich, gehört dies nicht zum Wesen der Treuhänderschaft[6]). Die Rechtspflicht entspringt dem zwischen dem Treuhänder und Treugeber bestehenden Innenverhältnisse,

---

[1]) Haymann, S. 166.

[2]) Haymann, S. 168; Kohler, Arch. bürg. R. Bd. 21, S. 263 f.

[3]) Schultze, S. 91.

[4]) Schultze, S, 1, 2; Gottbehüt, S. 35.

[5]) Haymann, S. 168.

[6]) Schultze, S. 3; Gottbehüt, S. 32.

während das Treuhandrecht, wie die Vollmacht, nur die nach außen hin allein in Erscheinung tretende absolute Rechtsmacht darstellt. Ergibt sich aus dem Innenverhältnis keine Pflichtstellung des Treuhänders, so steht ihm die Rechtsmacht daher ohne eine solche zu.

Im vorliegenden Falle wäre es unbillig, den Berechtigten eine Pflicht zur Ausübung ihres Rechtes aufzuerlegen. Im Gegensatze zu anderen Treuhändern, besonders dem Testamentsvollstrecker, übernehmen sie ihre Stellung nicht freiwillig, treten vielmehr möglicherweise gegen ihren Willen in sie ein; daher wäre es eine Härte, ihnen eine Verpflichtung zur Ausübung aufzuerlegen.

Wenn aber auch eine Pflicht der Berechtigten zur Ausübung ihres Rechtes nicht besteht, so ist es ihnen doch immerhin anvertraut, zu treuer Hand gegeben, und zwar vielleicht gerade deshalb um so mehr, weil sie zu seiner Ausübung nicht verpflichtet sind. Hätte das Gesetz diese Auffassung nicht, so könnte es ebensogut das Recht jedem geben, der ein Interesse an der Vollziehung der Auflage hat. Daß es dies nicht tut, ist ein Beweis, daß es ihm auf die Person der Inhaber ankommt, zwar nicht wegen ihrer persönlichen Eigenschaften, derentwegen z. B. der Erblasser einem Testamentsvollstrecker sein Recht anvertraut, welches daher höchstpersönlich ist, sondern weil sie gewisse Beziehungen zum Erblasser haben. Wegen dieser Beziehungen erwartet das Gesetz von den Berechtigten, daß sie ihr Recht im Interesse der Durchführung des erblasserischen Willens gebrauchen; es erwartet ferner besonders,

daß sie es nicht zu eigennützigen Zwecken mißbrauchen. Stände das Recht jedem zu, der an der Vollziehung ein Interesse hat, so läge die Gefahr nahe, daß gegen einen wirklich oder angeblich Beschwerten Ausbeutungsversuche gemacht werden[1]). Von den in § 2194 genannten Personen dagegen erwartet das Gesetz, daß sie sich eines derartigen Mißbrauches nicht schuldig machen, sondern ihr Recht uneigennützig und lediglich im Interesse des Erblassers gebrauchen, zumal sie wegen ihrer Beziehung zum Erblasser auch in gewissen Beziehungen zum Beschwerten stehen.

Das in § 2194 gewährte Recht ist demnach ein wirkliches Treuhandsrecht; sein Umfang ist daher auch dem Treuhandzweck entsprechend beschränkt[2]). Die allgemeinen für Forderungsrechte geltenden Grundsätze können mithin auf dieses Recht nur in beschränktem Umfange Anwendung finden, nämlich nur insoweit, als sich nicht aus seiner Treuhandsnatur Abweichungen von ihnen ergeben.

Aus der Treuhandsnatur des Rechtes auf Vollziehung einer Auflage folgt ferner, daß es für seine Inhaber grundsätzlich keinen Vermögenswert haben kann. Es ist dies diejenige Eigenschaft, die, wie erwähnt, dazu Anlaß gab, ihm die Forderungsrechtsnatur überhaupt abzusprechen. Gleichwohl hat es eine gewisse Berechtigung, wenn Haymann[3]) den Satz „die Be-

---

[1]) Prot. V, S. 245 f.

[2]) Schultze, S. 94.

[3]) Haymann, S. 165.

rechtigten hätten von der Vollziehung der Auflage, — mithin auch von dem Rechte, sie zu verlangen — keinen Vermögensvorteil", für „in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend" erklärt. Dies ändert aber nichts daran, daß der Vermögenswert dem Wesen des Anspruchs fremd ist. Es sind allerdings Fälle denkbar, wo die Vollziehung der Auflage dem Inhaber des Anspruches mittelbar oder unmittelbar einen Vermögensvorteil bringt, und dieser somit ein vielleicht großes Interesse an der Vollziehung hat. Aber dann liegt immer nur ein rein zufälliges Zusammentreffen der Auflagebegünstigung mit den Voraussetzungen des § 2194 in einer Person vor, ohne jeden tieferen Zusammenhang; an dem Wesen des Anspruchs kann dies daher nichts ändern. Der Anspruch steht in jedem Falle seinem Inhaber nicht deshalb zu, weil dieser ein Interesse an der Vollziehung der Auflage hat, sondern nur, weil er zu den in § 2194 genannten Personen gehört. Er würde ihm auch zustehen, wenn das Interesse nicht vorhanden wäre. Dies zeigt sich besonders, wenn die Vollziehung durch ein Verschulden des Beschwerten unmöglich wird. Der Berechtigte kann auch in diesem Falle keinen Ersatz des Schadens verlangen, den er durch Unterbleiben der Auflagevollziehung erleidet; denn geschädigt ist er als Auflagebegünstigter, und als solcher hat er keinen Anspruch auf die Vollziehung, mithin auch nicht auf Schadensersatz, wenn sie schuldhaft unmöglich gemacht wird. Den Anspruch auf Vollziehung aber hat er als Erbe, oder weil ihm der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten käme;

als solcher ist er aber nicht, wenigstens nicht materiell, geschädigt.

C.

Aus den angeführten Besonderheiten des in § 2194 gewährten Rechtes sind nunmehr die Regeln abzuleiten, die sich für seine praktische Behandlung ergeben, d. h. es ist festzustellen, inwieweit ihretwegen ein Abweichen von den allgemeinen Grundsätzen erforderlich ist.

I. Zunächst handelt es sich um die Frage, ob das Recht von seinen ursprünglichen Inhabern auf andere übergehen kann, ob es also vererblich und veräußerlich ist.

a) 1. Gleich von vornherein scheint sich eine Beschränkung dieser Möglichkeit für das vorliegende Recht daraus zu ergeben, daß es keinen Vermögenswert hat.

Gegenstand der Vererbung ist nach § 1922 das „Vermögen" des Erblassers. Da nun der Anspruch auf Vollziehung der Auflage seinem Wesen nach keinen Vermögenswert hat, so scheint er durch diese Bestimmung von der Vererbung ausgeschlossen zu sein. Dies ist jedoch nur scheinbar der Fall. Daß alle nichtvermögenswerten Rechte mit Ausnahme derjenigen, die das Gesetz ausdrücklich als vererblich bezeichnet, nicht auf den Erben übergehen sollten, entspricht, wie sich aus den Gesetzesbestimmungen selbst ergibt, nicht dem Willen des Gesetzes[1]). Dieses erkennt z. B. in § 525 Abs. 2 auch die Vererblichkeit des Rechtes

[1]) Vgl. auch Mot. V, S. 2.

des Schenkers, die Vollziehung der Schenkungsauflage zu verlangen, indirekt an, also gleichfalls eines Rechtes, welches einen Vermögenswert regelmäßig nicht haben wird[1]). Man muß daher wohl mit Strohal[2]) sagen, „daß sich aus § 1922 zwar positiv ergibt, daß der Erbe hinsichtlich des Vermögens Nachfolger des Erblassers ist, nicht aber negativ, daß die Vererbung hinsichtlich jeder nicht spezifisch vermögensrechtlichen Beziehung ausgeschlossen ist".

Ebensowenig kann ein Grund gegen die Veräußerlichkeit des Rechtes darin gefunden werden, daß nach § 400 die nicht pfändbaren Rechte nicht übertragbar sind, das vorliegende Recht aber, weil es keinen Vermögenswert hat, nicht Gegenstand der Pfändung bilden könne; denn das Gesetz meint im § 400 wohl nur diejenigen Rechte, die es selbst aus rechtspolitischen Gründen der Pfändung entzieht; nur diese sollen aus entsprechenden Gründen unübertragbar sein, nicht aber diejenigen, die wegen ihres Gegenstandes nur tatsächlich nicht geeignet sind, der Befriedigung des Gläubigers zu dienen, und aus diesem Grunde nicht gepfändet werden können.

2. Der entscheidende Gesichtspunkt für die Beantwortung der Frage, ob ein nichtvermögenswertes Recht vererblich ist, liegt vielmehr auf einem andern Gebiete. Strohal[3]) findet ihn in dem Zwecke des

---

[1]) Vgl. Haymann, S. 172.

[2]) Strohal, S. 22, 23; a. A. Binder I, S. 7 Anm. 39.

[3]) Strohal, a. a. O.

Rechtes; dies ist aber wohl nicht erschöpfend. Nicht der Zweck allein, sondern das ganze Wesen des Rechtes, die ganze Art seiner Ausgestaltung muß für die Entscheidung in Betracht gezogen werden.

aa) Auch für das vorliegende Recht ist demnach für die Beantwortung der Frage, ob es von den ursprünglichen Trägern auf andere Personen übergehen kann, sein ganzes Wesen in Betracht zu ziehen. Zunächst kommt auch hier sein Zweck in Betracht. Dieser ist darauf gerichtet, den Willen des Erblassers möglichst sicher zur Durchführung zu bringen. Er wird gefördert, je größer die Zahl der Berechtigten ist, und je mehr die Berechtigten an der Ausübung des Rechtes interessiert sind. Es entspricht ihm also ebensowohl die Annahme der Vererblichkeit wie die der Veräußerlichkeit des Rechtes. Durch eine Vererbung des Anspruches wird die Zahl der Berechtigten vermehrt, bezw. einer Verminderung vorgebeugt, durch eine Veräußerung aber gelangt der Anspruch regelmäßig in Hände, die an seinem Besitze und daher wohl auch an seiner Ausübung ein Interesse haben. Wer sich ein Recht abtreten läßt, wird dies in der Regel nur seines Interesses wegen tun.

bb) Außer dem Zwecke ist für den vorliegenden Anspruch aber auch besonders der Umstand wesentlich, daß das in § 2194 gewährte Recht ein Treuhandrecht ist, daß das Gesetz im Interesse des Beschwerten um ihn nach Möglichkeit vor Ausbeutungsversuchen zu bewahren, die Zahl der Berechtigten beschränkt, nicht aber, wie es wohl dem Zwecke der größtmöglichen

Sicherstellung der Auflagevollziehung entsprechen würde, den Anspruch einem jeden gibt, der ein Interesse an der Vollziehung der Auflage hat.

Der Anspruch soll also nach dem Willen des Gesetzes nur einem gewissen Kreise von Personen zustehen; ein Heraustreten aus diesem Kreise würde daher dem Willen des Gesetzes widersprechen und ist deshalb unzulässig.

Es handelt sich daher zunächst darum, festzustellen, in welcher Weise das Gesetz den Kreis der berechtigten Personen abgrenzen will. Da keine persönlichen Eigenschaften der Berechtigten maßgebend sein können, kann ihre Auswahl nur nach objektiven Beziehungen erfolgt sein; es ist daher anzunehmen, daß das Gesetz, auch wenn es bestimmte Personen als ursprünglich Berechtigte aufzählt, gleichwohl nichts dagegen hat, daß andere Personen das Recht erwerben, sofern diese Beziehungen bei ihnen im wesentlichen vorhanden sind.

Es werden daher zunächst diese für die Begrenzung des Kreises der Berechtigten maßgebenden Beziehungen festzustellen sein. Man kann wohl den Motiven[1]) folgen, die besagen, daß die Rücksicht auf den vermutlichen Willen des Erblassers — der vermutlich diejenigen mit der Sorge für die Vollziehung seines letzten Willens betraut hätte, die ihm im Leben am nächsten standen, — der Auswahl der berechtigten Personen zugrunde liegt. Da dies ein rein subjektives Moment ist, kann es im Einzelfalle nicht zur Bestimmung der Berechtigten

[1]) Mot. V, S. 215.

dienen; das Gesetz knüpft daher die Berechtigung an gewisse objektive Beziehungen, von denen am ehesten angenommen werden kann, daß sie im allgemeinen mit jenem subjektiven Momente zusammentreffen werden. Das Gesetz will den Anspruch denen geben, von denen es vermutet, daß sie dem Erblasser am nächsten gestanden haben, und bezeichnet daher als Berechtigte in erster Linie diejenigen, denen er sein Vermögen als Ganzes hinterlassen hat, seine Erben; ihnen gibt es also in erster Linie das Recht auf die Vollziehung der Auflage. Es kann aber der Fall eintreten, daß der Erbe beschwert ist, ohne daß Miterben vorhanden sind, in welchem Falle die Vollziehung der Auflage, wenn nur der Erbe sie verlangen könnte, unerzwingbar wäre. Deshalb sucht das Gesetz dafür zu sorgen, daß in jedem Falle wenigstens ein Berechtigter vorhanden ist. Zu diesem Zwecke gibt es den Anspruch demjenigen, „der vermutlich nächst dem Beschwerten dem Erblasser am nächsten gestanden hat[1])", das ist der, welcher im Falle des Nichtvorhandenseins des Beschwerten die beschwerte Zuwendung vermutlich erhalten hätte, der jedenfalls die beschwerte Zuwendung erhielte, wenn der erste Empfänger nachträglich wegfiele, dem also dieser Wegfall unmittelbar zustatten käme.

Die Vermutung, daß dieser dem Erblasser nahe gestanden hat, wird allerdings in zahlreichen Fällen nicht zutreffen. Gerade dadurch zeigt sich aber, daß

---

[1]) Mot. V, S. 215.

das Gesetz die Berechtigung, indem es sie an ein objektives Merkmal knüpft, von dem subjektiven Momente, daß der Berechtigte dem Erblasser nahe gestanden hat, im Einzelfalle völlig loslöst. Es kann daher sehr wohl sein, daß jemand Träger des Rechts ist, der dem Erblasser durchaus nicht nahe steht oder gestanden hat, ihn vielleicht nicht einmal kannte.

Nur für die Auswahl des objektiven für die Bestimmung der Berechtigten maßgebenden Merkmales ist das subjektive Moment also bestimmend: daher ist es nur insoweit in Betracht zu ziehen, als es sich um die Frage handelt, worin dieses objektive Merkmal besteht. Diese Frage ist nunmehr im einzelnen zu erörtern.

Zunächst nennt das Gesetz in § 2194 als Berechtigten den „Erben und Miterben", also überhaupt die Erben des Erblassers. Damit soll wohl aber nicht gesagt sein, daß der Erbe im Rechtssinne, d. h. der unmittelbare Erbe des Erblassers, allein die Fähigkeit haben soll, Träger des Rechts auf Vollziehung einer Auflage zu sein, so daß das Recht auch dann nicht auf andere Personen übergehen könnte, wenn bei ihnen diejenigen Merkmale, derentwegen das Gesetz dem Erben das Recht beilegt, im wesentlichen zutreffen. Sonst könnte, wenn der Erbe unmittelbar nach dem Erbfalle stirbt, sein Erbe von dem beschwerten Miterben oder Vermächtnisnehmer die Vollziehung einer Auflage nicht verlangen, sofern ihm nicht etwa der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zustatten käme. Denn Erbe des ersten Erblassers wird der Erbeserbe nicht; die

Erbeneigenschaft ist unvererblich[1]). Gleichwohl sind seine Beziehungen zum Erblasser in jeder Hinsicht wesentlich die gleichen wie die des ersten Erben. Dieses Resultat kann daher nicht befriedigen; es wird auch dem Zwecke, den das Gesetz mit der Bestimmung des § 2194 verfolgt, die Vollziehung der Auflage möglichst sicher zu stellen, durchaus nicht gerecht. Daran kann der Umstand nichts ändern, daß in der Regel jemand vorhanden sein wird, dem der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zustatten kommt; denn erstens könnte auch dieser wegfallen, indem er z. B. den Beschwerten beerbt, und zweitens ist nach der Ansicht des Gesetzes es wohl nicht ausreichend, wenn dieser, der eventuelle Empfänger der beschwerten Zuwendung, allein berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen. Sonst hätte es ihm auch allein den Anspruch geben können; dieses tut es aber nicht, gibt vielmehr den Anspruch in erster Linie dem Erben, während es den eventuell Beschwerten nur deshalb mit dem Rechte ausstattet, um für jeden Fall einen Berechtigten bereit zu halten[2]). Es kann daher auch nicht im Sinne des Gesetzes liegen, dem Erbeserben im vorliegenden Falle nur deshalb das Recht aus § 2194 nicht zuzuerkennen, weil der erste Erbe zufällig erst unmittelbar nach dem Erblasser gestorben ist und nicht unmittelbar vor ihm, in welchem Falle der Erbeserbe den Erblasser vielleicht unmittelbar beerbt und ihm das Recht aus diesem Grunde zugestanden hätte.

[1]) Vgl. Entsch. d. OLG. Bd. 10, S. 299 a. E.
[2]) Vgl. Prot. V, S. 245 f.

dem Erben ist der Anspruch wohl vielmehr deshalb zuerkannt, weil er allgemeiner Rechtsnachfolger des Erblassers ist und daher als derjenige erscheint, der zur Sorge für die Ausführung seines letzten Willens in erster Linie berufen und geeignet ist, und sich erwarten läßt, daß er sich dieser Sorge am ehesten in uneigennütziger Weise widmen wird. Diese Gesichtspunkte treffen aber, wenn auch in etwas geringerem Maße, auch auf den Erben des Erben zu. Dieser tritt in allem wesentlichen in die Stellung des Erben ein, er kann z. B. kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung die erste Erbschaft ausschlagen mit der Wirkung, daß sie als dem ersten Erben nicht angefallen gilt (§ 1952). Nur „Erbe" wird der Erbeserbe nicht; es kann aber wohl nicht im Sinne des Gesetzes liegen, ihm deshalb die Fähigkeit, Träger des in § 2194 gegebenen Rechtes zu sein, abzusprechen. Wenn das Gesetz dem Erben das Recht die Vollziehung der Auflage zu verlangen, deshalb zuerkennt, weil es annimmt, daß im allgemeinen derjenige dem Erblasser nahe gestanden hat, auf den sein Vermögen als Ganzes ganz oder zu einem Bruchteil übergeht, so ist diese Annahme nicht auf den ersten Erben zu beschränken, sondern läßt sich auch auf diejenigen ausdehnen, auf die das Vermögen des Erblassers nur mittelbar, nachdem es schon in einem anderen Vermögen aufgegangen ist, als Ganzes übergeht, das sind die Erbeserben. Freilich kann für sie diese Vermutung nur mit gewissen Einschränkungen gelten.

Irgend eine Beschränkung auf gewisse Erbeserben ist nicht möglich. Ob der Nachlaß des ersten Erblassers

zur Zeit des Todes des Erben bereits in dessen Vermögen aufgegangen ist oder noch nicht, kann keinen Unterschied machen. Der Erbe des Erben ist mittelbar Erbe des Erblassers, selbst wenn von dessen Nachlaß tatsächlich nichts mehr vorhanden ist. Dasselbe gilt von dem Erben des Erbeserben und so fort; sie alle würden als mittelbare Erben des Erblassers und somit als geeignete Träger des Rechtes auf Vollziehung der von diesem verfügten Auflage anzusehen sein. Davon, daß sie dem Erblasser „nahe gestanden" haben, könnte dann freilich nicht mehr die Rede sein. Je weiter sich die Erbschaft des ersten Erblassers vererbt, desto geringer wird das Andenken an ihn und das Interesse für seine letztwilligen Anordnungen werden, bis es endlich früher oder später ganz erlischt.

Wenn aber auch ein später Erbeserbe, der den Erblasser vielleicht gar nicht gekannt hat, ihm nicht im eigentlichen Sinne des Wortes „nahegestanden" haben kann, so steht er ihm doch wohl von den zu dieser Zeit lebenden Menschen immer noch relativ am nächsten, und ist deshalb wohl auch von diesen Menschen derjenige, der nach dem Sinne des Gesetzes noch am meisten geeignet ist, Träger des in § 2194 gewährten Rechtes zu sein.

Wenn daher zu dieser Zeit überhaupt noch erforderlich ist, daß jemand vorhanden ist, dem das Recht zusteht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, so dürften zur Trägerschaft dieses Rechtes im Sinne des Gesetzes in erster Linie diejenigen geeignet sein, auf die das Vermögen des Erblassers mittelbar

oder unmittelbar, ganz oder zu einem Bruchteil, als Ganzes durch Erbgang übergegangen ist. Die erste Person, bei der dieses Merkmal vorhanden ist, ist der vom Gesetze in § 2194 unter den Berechtigten aufgezählte Erbe; die Möglichkeit der Ausübung des Rechtes durch ihn ist aber durch die Möglichkeit seines Ablebens in Frage gestellt. Es erscheint daher nur natürlich, daß in diesem Falle auch den zweiten und späteren Personen, auf die dieses Merkmal zutrifft, das Recht zustehen kann, und es ist kein Grund vorhanden, weshalb dies dem Willen des Gesetzes widersprechen sollte.

Dagegen wird es vom Zweck der Bestimmung des § 2194 geradezu verlangt, daß der Anspruch nicht an die Person des unmittelbaren Erben gebunden ist, sondern wie der desjenigen, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten käme, des eventuell Beschwerten, an ein objektives Verhältnis, das auch nach dem Tode des ersten Inhabers bei einer beschränkten Anzahl anderer Personen vorhanden sein kann. Bei dem eventuell Beschwerten wird dieses Verhältnis dadurch bezeichnet, daß ihm der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten käme, beim Erben aber eben dadurch, daß das Vermögen des Erblassers als Ganzes durch Erbgang auf seine Person übergegangen sein muß. Anderenfalls wären Auflagen, deren Vollziehung zeitlich hinausgerückt ist, tatsächlich häufig unerzwingbar, da von den ursprünglich Berechtigten vielleicht niemand mehr am Leben ist. Es handelt sich z. B. um während eines längeren Zeitraumes regelmäßig wiederkehrende Leistungen, an denen aber ein

öffentliches Interesse nicht besteht. Diese könnten nach dem Tode des unmittelbaren Erben ruhig eingestellt werden, wenn derjenige, dem der Wegfall des Beschwerten zustatten käme, sich darum nicht kümmert, oder vielleicht gar weggefallen ist dadurch, daß die Auflageverpflichtung auf ihn übergegangen ist. Hier würde es sicherlich dem Sinne des Gesetzes widersprechen, wenn man dem Erben des Erben den Anspruch auf die Vollziehung der Auflage versagen wollte. Der Zweck des Gesetzes ist es, die Erfüllung aller Auflagen zu sichern; dieser Zweck würde aber nicht erreicht, wenn das Gesetz den Anspruch an das Leben bestimmter Personen knüpfen wollte. Die Erfüllung von Auflagen, die späte Leistungen oder solche, die während längerer Zeit regelmäßig wiederkehren, zum Gegenstande haben, wären somit gegenüber anderen dann ungebührlich zurückgesetzt; denn die Sorge für ihre Erfüllung wäre regelmäßig allein demjenigen überlassen, dem der Wegfall des Beschwerten zu dieser Zeit unmittelbar zustatten käme. Dieser steht dem Erblasser aber doch wohl noch viel ferner als die Erben seines Erben. Wenn es vom Gesetze unmittelbar nach dem Erbfall nicht für ausreichend angesehen wird, daß allein der eventuell Beschwerte den Anspruch auf Vollziehung der Auflage hat, so kann dies nicht später anders sein. Die Beziehung des unmittelbaren Erben und die des ersten eventuell Beschwerten zum Erblasser stehen doch ungefähr in dem gleichen Verhältnis zu einander, wie die Beziehungen, in denen der Erbeserbe und derjenige zum Erblasser stehen, dem der Wegfall des Beschwerten

zu dieser späteren Zeit unmittelbar zustatten käme. Der Erbeserbe ist von den zu dieser Zeit lebenden Menschen immer noch derjenige, der dem Erblasser verhältnismäßig am nächsten steht, daher ist er im Sinne des Gesetzes immer noch vorzugsweise zur Sorge für seinen letzten Willen berufen, ebenso wie der unmittelbare Erbe, während dem eventuell Beschwerten sein Recht mehr aushilfsweise gegeben ist, nämlich für den Fall, daß ein anderer Berechtigter nicht vorhanden ist.

Es ist somit wohl anzunehmen, daß im Sinne des Gesetzes jeder geeignet ist, Träger des in § 2194 gewährten Rechtes zu sein, der das Vermögen des Erblassers als Ganzes durch Erbschaft erhalten hat, mag dies unmittelbar oder nur mittelbar geschehen sein. Wenn das Gesetz nur den „Erben und Miterben" als Berechtigte bezeichnet, so hat es nur den Augenblick des Erbfalles im Auge, in welchem der Erbe und Miterbe die einzigen Personen sind, bei denen die angegebene Voraussetzung zutrifft.

Ferner gibt das Gesetz den Anspruch auf Vollziehung einer Auflage „demjenigen, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten käme", der also bei Wegfall des zunächst Beschwerten selbst beschwert wäre, dem „eventuell Beschwerten". Diese Bestimmung kann nur im engsten Sinne aufgefaßt werden, wie daraus hervorgeht, daß das Gesetz die Worte „zunächst" und „unmittelbar" hinzufügt. Es ist also nicht jeder berechtigt, der aus dem Wegfall des Beschwerten irgend einen Vorteil zöge, sondern

nur derjenige, der die Zuwendung des Beschwerten ganz oder zum Teil erhalten würde, wenn der, der sie vom Erblasser unmittelbar erhalten hat, später wegfiele, d. h. als zur Zeit des Erbfalles nicht vorhanden angesehen würde.

Endlich gibt das Gesetz den Anspruch auch der zuständigen Behörde. Das Recht der Behörde unterscheidet sich von dem Rechte der vorstehend behandelten Personen dadurch, daß es nicht wegen einer Beziehung zum Erblasser, sondern nur zur Wahrung des öffentlichen Interesses und daher nur bei Vorliegen eines solchen gegeben ist. Weil es daher der Behörde als solcher zusteht, ist es nicht veräußerlich; von Vererbung kann naturgemäß überhaupt nicht die Rede sein. Es kann daher aus der folgenden Betrachtung ausgeschieden werden.

b) Das in § 2194 gewährte Recht kann somit dem Sinne des Gesetzes entsprechend höchstens auf Personen übergehen, die entweder mittelbare Erben des Erblassers sind, bezw. es gleichzeitig mit dem Erwerbe des Rechtes werden, oder die gleichzeitig mit dem Erwerbe des Rechtes die Stellung desjenigen erhalten, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten käme. Den unmittelbaren Erben, sowie denen, denen der Wegfall des zunächst Beschwerten bereits tatsächlich unmittelbar zustatten kommt, steht das Recht auf Grund des § 2194 von selbst zu, sie können es also nicht mehr erwerben.

1. Wenn daher das Recht, Vollziehung einer Auflage zu verlangen, vererblich sein soll, so ist nach-

zuweisen, daß bei den Erben der zunächst Berechtigte als solchen eine der angegebenen Beziehungen zutreffen muß. Sollte es sich herausstellen, daß dies der Fall ist, so würde weiterhin zu prüfen sein, ob auch anzunehmen ist, daß das Recht durch Vererbung auf sie übergeht, und nicht vielmehr, daß es auf Grund des Vorhandenseins der gesetzlichen Voraussetzung in ihnen originär zur Entstehung kommt.

aa) Was zunächst den Erben des Erben betrifft, so wird er und nur er mittelbarer Erbe des ersten Erblassers dadurch, daß er dessen Erben beerbt. Auf den Erben geht das Vermögen des Erblassers als Ganzes über; in dem Vermögen des Erben geht es auf und wird mit ihm durch Vererbung auf denjenigen übertragen, der das übrige Vermögen des Erben durch Vererbung erwirbt. Das ist der Erbeserbe.

Dies ist mit Notwendigkeit der Fall. Allerdings ist es möglich, daß das Vermögen des Erblassers nach dem Tode des Erben auf einen Nacherben, also nicht den Erben des Erben übergeht. In einem solchen Falle ist aber der Vorerbe gegenüber seinen Erben nicht mehr Erbe des Erblassers, er wird von ihnen nicht als solcher beerbt. Mit dem Augenblicke seines Todes verliert er seine Erbeigenschaft zugunsten des Nacherben. Es tritt der Fall der Nacherbfolge ein, und „mit Eintritt des Falles der Nacherbfolge hört der Erbe auf Erbe zu sein". (§ 2139) Dadurch daß er aufhört Erbe zu sein, erlöschen aber auch in ihm alle Rechte, die nur in seiner Erbenstellung ihren Grund hatten, mithin auch das Recht aus § 2194. Es erlischt ebenso, wie wenn der

Eintritt des Falles der Nacherbfolge durch ein anderes Ereignis bezeichnet würde, welches der Vorerbe überlebt. Das Recht aus § 2194 k a n n also gar nicht mehr auf die Erben des Vorerben übergehen, da es nicht mehr vorhanden ist, ebensowenig wie z. B. das Recht der Ausschlagung der Vorerbschaft auf sie übergehen könnte. Ein Beweis gegen die etwaige Annahme der Vererblichkeit des Rechtes liegt also darin nicht. Denn daß hier der Fall der Nacherbfolge gerade mit dem Tode des Vorerben eintritt, kann an dem Erlöschen des Rechtes aus § 2194 nichts ändern. Das Verhältnis liegt so, als ob der Fall der Nacherbfolge im letzten Augenblicke des Lebens des Vorerben eingetreten wäre; wenn seine Erben in ihre Erbenstellung eintreten, ist daher das Recht bereits erloschen.

Wo aber die Erbeserben den Erben als solchen beerben, erhalten sie auch immer mittelbar den Nachlaß des Erblassers als Ganzes; er ist als Ganzes in das Vermögen des ersten Erben übergegangen, welches seinerseits als Ganzes auf den Erbeserben übergeht und so fort. Es liegt mithin im Begriffe des Erbeserben, daß er mittelbarer Erbe des ersten Erblassers ist, und daß mithin in seiner Person die vom Gesetze für die Trägerschaft des Vollziehungsanspruches vorausgesetzte Beziehung zum Erblasser vorhanden ist.

Um die entsprechende Frage handelt es sich auch bei dem Erben dessen, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten käme, des evtl. Beschwerten. Sie ist in entsprechendem Sinne zu beantworten, wie bei dem Erbeserben, nämlich dahin,

daß die Stellung des evtl. Beschwerten dann bei seinen Erben vorhanden ist, wenn sie nicht mit seinem Tode erloschen ist. Dies letztere ist der Fall, wenn sich aus dem Willen des Erblassers ergibt, daß der evtl. Beschwerte nur persönlich zu der Zuwendung des Beschwerten ersatzweise berufen sein solle, daß er also den Wegfall des Beschwerten erleben muß, um seine Zuwendung zu erhalten. Dann liegt die Sache ebenso, wie im Falle der Nacherbfolge: Im Augenblicke des Todes erlischt die Stellung des evtl. Beschwerten als Ersatzberufenen; er hört somit auf derjenige zu sein, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten käme. Es erlischt also auch sein Anspruch auf Vollziehung der Auflage, ebenso wie er erloschen wäre, wenn zu seinen Lebzeiten ein Ereignis eingetreten wäre, auf Grund dessen ihm der Wegfall des Beschwerten nicht mehr unmittelbar zustatten gekommen wäre. Wie im Falle der Nacherbfolge kann also auch hier das Recht aus § 2194 nicht mehr auf seine Erben übergehen. Auch hier ist das Verhältnis den Erben des evtl. Beschwerten gegenüber so zu betrachten, als ob seine Stellung im letzten Augenblicke seines Lebens erloschen wäre.

Hiermit fällt auch das Bedenken weg, welches Gottbehüt[1]) gegen die Vererblichkeit des Rechtes äußert, daß nämlich „wenn man diese annimmt, der Erbe des evtl. Beschwerten auch dann berechtigt sein müsse, die Zuwendung zu verlangen, wenn ihm der

---

[1]) Gottbehüt, S. 36.

Wegfall der zunächst Beschwerten nicht unmittelbar zustatten käme, was in Widerspruch zu dem Gesetze stände". In solchen Fällen ist nämlich das Recht auf Vollziehung der Auflage mit dem Tode des evtl. Beschwerten erloschen, und kann aus diesem Grunde nicht auf seine Erben übergehen.

Ergibt sich aber, wie es regelmäßig der Fall sein dürfte[1]), aus dem Willen des Erblassers nichts anderes, so kommt der Wegfall des Beschwerten nach dem Tode des evtl. Beschwerten immer und mit Notwendigkeit dessen Erben zustatten.

„Unmittelbar zustatten" kommt der Wegfall des Beschwerten immer dem, der die beschwerte Zuwendung erhielte, wenn der zunächst Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer geworden wäre — z. B. wenn er vor dem Erbfall gestorben wäre — oder auch, wenn nach dem Erbfall ein Ereignis einträte, wegen dessen der Anfall an ihn „als nicht erfolgt gelten" würde, wenn er also z. B. die Zuwendung ausschlüge oder für erbunwürdig erklärt würde (§§ 1953 und 2344). Evtl. beschwert ist somit immer der, der in einem solchen Falle zur Zuwendung berufen oder anwachsungsberechtigt ist. Das ist aber immer derjenige, dem die Zuwendung zurzeit des Erbfalles angefallen wäre, wenn der Beschwerte zu dieser Zeit nicht vorhanden gewesen wäre, der evtl. Berufene. Stirbt dieser vor dem Wegfalle, so kommt ein späterer Wegfall des Beschwerten seinen Erben zustatten, seine Eigenschaft als evtl. Berufener wird auf seine Erben „transmittiert". Wäre nämlich

[1]) Vgl. Strohal I, S. 161 Anm. 33.

der Beschwerte zurzeit des Erbfalles nicht vorhanden gewesen, so hätte der damals lebende evtl. Berufene die Zuwendung erhalten, und von ihm wäre sie bei seinem Tode auf seine Erben übergegangen. Ob die evtl. Berufung auf Gesetz oder auf letztwilliger Verfügung beruht, macht nach der herrschenden Meinung[1]) im heutigen, im Gegensatz zum römischen Rechte keinen Unterschied mehr. Nur aus dem Willen des Erblassers könnte sich ein anderes ergeben; dies ändert aber, wie oben erwähnt, nichts an der Tatsache, daß die Erben des evtl. Berufenen notwendig in seine Stellung eintreten, weil in diesem Falle die Eventualberufung mit dem Tode ihres Trägers erlischt und aus diesem Grunde nicht auf seine Erben übergehen kann.

bb) Die Beziehung zum Erblasser, die das Gesetz für die Trägerschaft des Anspruches voraussetzt, um dadurch den Kreis der berechtigten Personen zweckmäßig zu beschränken, ist demnach bei den Erben der in § 2194 genannten Personen notwendig vorhanden, sofern nicht etwa die Beziehung und mit ihr der Anspruch auf Vollziehung der Auflage mit dem Tode des ersten Inhabers bereits erloschen ist, worin aber, wie gesagt, ein Beweis gegen die Vererblichkeit nicht gefunden werden kann. Da es auch den Zweck des Gesetzes die Durchführbarkeit der Auflage, fördert, wenn der Anspruch auf ihre Vollziehung auch den Erben jener Personen zusteht, so sind an sich die Voraussetzungen der Vererblichkeit gegeben.

---

[1]) Vgl. Strohal a. a. O.

Es fragt sich aber, ob der Anspruch auf Auflagevollziehung nicht sinngemäßer als nicht mit jenen Beziehungen vererbt, sondern als auf Grund des Vorhandenseins jener Beziehungen in den Erben originär entstanden zu denken ist. Dies nimmt besonders Kohler[1]) an, der das Recht wie erwähnt, für einen nicht forderungsrechtlichen, höchstpersönlichen Anspruch ansieht, einerseits also die Vererblichkeit nicht zugestehen kann, andererseits es als dem Sinne und Zwecke des Gesetzes widersprechend erkennt, daß das Recht nur auf seinen ersten Inhaber beschränkt sein sollte. Auf die Richtigkeit dieser Annahme scheint auch der Umstand hinzudeuten, daß der evtl. zur beschwerten Zuwendung Berufene auf Grund der bloßen Tatsache, daß ihm der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zustatten käme, zu den Berechtigten gezählt ist, daß also an sich jeder berechtigt ist, bei dem diese Tatsache zutrifft, ohne Rücksicht darauf, ob er Erbe des vorigen evtl. Berufenen ist oder nicht. Hier scheint selbst Strohal[2]) die originäre Entstehung des Rechtes anzunehmen, während er sonst beim Erben und Miterben Vererblichkeit annimmt, ohne daran zu denken, daß er sich hierbei einer Inkonsequenz schuldig macht; denn das Recht des Erben ist demjenigen des evtl. Beschwerten gleichgeartet und deshalb können doch wohl nur die Rechte beider oder keines von ihnen vererblich sein. Daß die Erbeneigenschaft unvererblich,

---

[1]) Kohler, Arch. f. Bürgerl. R. Bd. XXI, S. 262.

[2]) Strohal I, S.

der Erbe des Erben also nicht Erbe ist, kann nicht als Beweis angeführt werden, daß bei ihm eine originäre Entstehung des Rechtes nicht möglich ist, da man als „Erben" im Sinne des § 2194 nicht den Erben im eigentlichen Sinne, den unmittelbaren Erben, sondern den Erben im weiteren, auch den mittelbaren Erben umfassenden Sinne auffassen könnte. Für diese Ansicht könnte man ferner anführen, daß mit ihrer Hilfe das Recht des Nacherben, sowie desjenigen, auf den bei dem Tode des evtl. Beschwerten die evtl. Berufung zur beschwerten Zuwendung kraft besonderer Bestimmung des Erblassers übergeht, in der gleichen Weise erklärt werden könnte, wie das der Erben der zunächst Berechtigten, während man andernfalls einen Unterschied machen müßte, in dem man es in dem einen Falle auf originäre Entstehung, in dem anderen auf Vererbung zurückführen müßte.

Nicht als Argument gegen diese Ansicht sondern nur zur Verteidigung der gegenteiligen, Übertragung durch Vererbung annehmenden Meinung kann der Hinweis dienen, daß die Erben der Berechtigten jene Beziehung nur haben, weil sie ihr Erblasser gehabt hat, daß sie also in die Beziehung ihres Erblassers eingetreten sind. Deshalb könnte die Annahme als angemessen erscheinen, daß ebenso wie jene Beziehung und zugleich mit ihr das Recht auf Vollziehung der Auflage durch Vererbung auf sie übergegangen ist. Es sind dies Konstruktionen, die auf verschiedenen, aber in gleicher Weise berechtigten Grundlagen beruhen und die deshalb aus sich selbst heraus nicht widerlegt werden können.

Zur Entscheidung über ihre Berechtigung kann daher nur eine Betrachtung ihrer praktischen Ergebnisse führen.

Eine solche ergibt, daß die Ansicht, wonach das Recht in jedem einzelnen Inhaber neu entsteht, zu praktisch unbefriedigenden Ergebnissen führt. Wenn der Anspruch in jedem Inhaber neu zur Entstehung käme, könnte er nie verjähren, oder noch mehr: selbst wenn er gegenüber einem Inhaber verjährt wäre, könnte ihn sein Erbe von neuem geltend machen; denn auf diesen ist die Beziehung übergegangen, auf Grund deren sein Erblasser berechtigt war. Der Anspruch stände ihm auf Grund dieses Verhältnisses originär zu, die gegen seinen Erblasser abgelaufene Verjährung würde somit ihm gegenüber unwirksam sein. Der Anspruch könnte infolgedessen auch nach spätester Zeit von einem Erbeserben des Berechtigten gegen die Erbeserben des Beschwerten geltend gemacht werden, vorausgesetzt, daß er nicht mittlerweile in Vergessenheit geraten ist. Eine andere Grenze wäre nicht denkbar; wollte man nach einer bestimmten Zahl von Erbfällen etwa den Anspruch nicht mehr entstehen lassen, so wäre dies eine willkürliche Maßnahme, die sich durch nichts rechtfertigen ließe. Ebenso wäre auch aus entsprechenden Gründen ein gegen einen wirklich oder angeblich Berechtigten ergangenes rechtskräftiges Urteil seinem Erben gegenüber grundsätzlich wirkungslos. Das ist unannahmbar.

Die Annahme, daß der Anspruch in jedem Inhaber von neuem entsteht, führt demnach zu unhaltbaren

Folgerungen und läßt sich daher nicht aufrecht erhalten. Damit fällt auch die Annahme von der Höchstpersönlichkeit des Rechtes, und folglich auch die Theorie Kohlers, daß ein „Anspruch ohne Forderungsrecht“ vorliege. Man müßte sonst annehmen, daß das Recht nur den unmittelbar genannten Personen zustehe, was, wie Kohler selbst erkennt, dem Zwecke der Vorschrift widersprechen würde. Im übrigen würde eine Abhilfe hierdurch nicht geschaffen, denn das Gesetz gibt das Recht demjenigen, „dem der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zustatten käme“. Darunter fallen aber auch die Erben des ersten eventuell Beschwerten bis in die fernste Zukunft, so daß, da bei diesen Personen das Recht originär zur Entstehung kommen müßte, die vorhin bezeichneten nachteiligen Folgen, besonders die Unwirksamkeit der Verjährung und des rechtskräftigen Urteils gegenüber den Erben eines Berechtigten, auch hier vorhanden wären.

Die Annahme der Vererblichkeit des Rechtes geht dagegen den bezeichneten Schwierigkeiten aus dem Wege; denn die Verjährung setzt sich gegenüber den Erben des ersten Berechtigten fort, und ebenso wirkt ein gegen einen Berechtigten ergangenes Urteil auch gegen seine Erben. Im Sinne des Gesetzes muß daher wohl angenommen werden, daß das Recht, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen, vererblich ist.

2. Anders ist es dagegen mit der Veräußerlichkeit des Rechtes. Das Erfordernis aufzustellen, daß jeder, der fähig sein soll, Träger des Rechtes zu sein, zu dem Erblasser die vom Gesetze vorausgesetzten Beziehungen

haben muß, heißt schon die Frage nach seiner Veräußerlichkeit verneinen. Das Vermögen des Erblassers geht durch Vererbung als Ganzes nur auf die Erben und Erbeserben über, und der Wegfall des zunächst Beschwerten kommt nur demjenigen zustatten, der augenblicklich die Zuwendung des Beschwerten erhalten würde, wenn der Beschwerte in diesem Augenblicke wegfiele. Allen diesen Personen steht das Recht auf Vollziehung der Auflage aber bereits zu, sei es originär, wie dem Erben und dem ersten eventuell Beschwerten, sowie dem Nacherben, oder sei es, daß es durch Vererbung auf sie übergegangen ist, wie bei den Erben und Erbeserben jener Personen. Eine Veräußerung an eine Person, bei der jene Beziehung vorhanden wäre, ist mithin nicht denkbar. Andere Personen aber sollen, wie oben dargelegt, nach dem Willen des Gesetzes nicht Träger des Rechtes sein.

Tatsächlich würde auch die Zulassung der Veräußerung des Rechtes die vom Gesetz vorgenommene Beschränkung auf einen kleinen Kreis von Berechtigten illusorisch machen. Wenn jemandem außerhalb dieses Kreises daran läge, sich das Recht zu verschaffen, würde ihm dies — evtl. für ein Entgelt — in der Regel nicht allzu schwer fallen. Daß dies dem Treuhandzwecke nicht entsprechen kann, ist einleuchtend. Von einem uneigennützigen Gebrauche des Rechtes im Interesse der Vollziehung des erblasserischen Willens könnte dann wohl meistenteils nicht die Rede sein. Wenn die Vollziehung der Auflage dem Berechtigten nicht direkt Vorteil bringt, würde er sein Recht sicherlich

oft gegen Entgelt zu veräußern trachten. An Interessenten würde es nicht fehlen. Zunächst käme der Beschwerte selbst in Betracht, der besonders bei Auflagen, deren Vollziehung große Aufwendungen erfordert, versuchen würde, von allen Berechtigten ihr Recht zu erwerben. Häufig würde es sich aber auch derjenige übertragen lassen, in dessen materiellem Interesse die Vollziehung der Auflage liegt. Dies würde der Absicht des Erblassers gleichfalls direkt widersprechen; denn hätte er dieser Person einen Anspruch geben wollen, so hätte er es im Wege des Vermächtnisses tun können. Vor Ausbeutungsversuchen endlich wären etwaige wirklich oder auch nur angeblich Beschwerte dann auch nicht mehr gesichert, als wenn der Anspruch jedem zustände, der an seiner Ausübung ein Interesse hat.

Es kann allerdings auch Fälle geben, in denen die Übertragbarkeit des Rechtes wünschenswert erscheint. Es wäre der Fall denkbar, daß jemand, der dem Erblasser nahe stand, aus irgend einem Grunde nicht als Erbe eingesetzt, sondern anderweitig abgefunden ist, und daß diesem der Wegfall des Beschwerten auch nicht unmittelbar zustatten käme, so daß ihm ein Anspruch auf Vollziehung der Auflage nicht zusteht, obwohl er tatsächlich dem Erblasser nahe gestanden hat, wogegen diejenigen, die die Vollziehung der Auflage verlangen können, dem Erblasser vielleicht fernstehen und sich nicht um die Vollziehung kümmern. Hier könnte es vielleicht als wünschenswert erscheinen, daß die dem Erblasser nahestehende Person sich von dem Berechtigten den Anspruch übertragen lassen könnte.

Gleichwohl ist dies kein Grund, der es rechtfertigen könnte, die Veräußerung schlechthin für zulässig zu erklären. Wie das Gesetz bestimmten Personen nach rein objektiven Merkmalen den Anspruch gibt, ohne Rücksicht darauf, ob die vermutete subjektive Beziehung, daß sie dem Erblasser nahe gestanden haben, im einzelnen Falle auch wirklich zutrifft, so versagt es ihn andererseits allen Personen, denen die als maßgebend anerkannte objektive Beziehung zum Erblasser fehlt, auch wenn die subjektive bei ihnen vielleicht vorhanden ist.

Die Berechtigten sollen nach dem Willen des Gesetzes ihr Recht selbst ausüben; tun sie dies nicht, so muß die Auflage eben unerfüllt bleiben, selbst wenn andere Personen vorhanden sind, die sich aus uneigennützigen Gründen die Vollziehung angelegen sein lassen würden. Es ist dies nach der Auffassung des Gesetzes immer noch besser, als daß durch Erweiterung des Kreises der Berechtigten ein weitgehender Mißbrauch des Rechtes ermöglicht wird. Auf eine solche Erweiterung aber würde die Zulassung der Veräußerung des Rechtes hinauslaufen. Sie hätte jedoch noch die weitere nachteilige Folge, daß die Berechtigten dann vielfach aus ihrer Berechtigung, die ihnen doch ausschließlich in fremdem Interesse, zu uneigennützigem Gebrauche, gegeben ist, Gewinn zu ziehen suchen würden, was nicht möglich wäre, wenn z. B. jedem das Recht zustände, der an der Vollziehung der Auflage ein Interesse hat.

Die Veräußerlichkeit des Rechtes aus § 2194 widerspricht mithin dem Treuhandzweck. Dieser verlangt,

daß die Berechtigten es nur in uneigennütziger Weise zur Durchführung des letzten Willens des Erblassers benutzen. Sind sie verhindert, dies persönlich zu tun, so haben sie die Möglichkeit, das Recht durch einen Bevollmächtigten ausüben zu lassen; einer Veräußerung des Rechtes bedarf es dazu nicht. Ein praktisches Bedürfnis für ihre Zulassung liegt somit nicht vor. Da die Annahme der Veräußerlichkeit des Anspruches ferner die vom Gesetze gewollte Beschränkung der Zahl der Berechtigten praktisch fast bedeutungslos machen würde und außerdem die Gefahr eines Mißbrauchs des Rechts zu eigennützigen Zwecken seitens der Berechtigten in sich birgt, so ist sie nicht zuzulassen. Das Recht aus § 2194 ist demnach unveräußerlich.

II. Neben der Frage nach der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit des in § 2194 gewährten Rechtes ist von Interesse auch die, ob die Personen, denen § 2194 das Recht gewährt, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen, auf dieses Recht dem Beschwerten gegenüber wirksam verzichten können.

Gegenstand des Rechtes, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, bildet, wie oben ausgeführt, nicht die auferlegte Leistung, sondern die Erfüllung der durch die Auflage begründeten Verpflichtung des Beschwerten. Hieraus folgt, daß ein etwaiger Verzicht sich nicht auf die Auflageleistung beziehen, den Beschwerten nicht von seiner Verpflichtung überhaupt befreien kann, da der Berechtigte hinsichtlich dieser gar nicht Gläubiger ist, sondern daß es sich nur um einen Verzicht

auf sein Recht handeln kann, von dem Beschwerten die Erfüllung der Auflageverbindlichkeit zu verlangen. Selbst wenn also ein Verzicht auf dieses Recht als wirksam anzunehmen ist, und sämtliche Berechtigten dem Beschwerten seine Verpflichtung erlassen, besteht doch die Verpflichtung aus der Auflage fort; ein etwa später eintretender Nacherbe, oder bei nachträglich hervortretendem öffentlichen Interesse die Behörde, können daher auch dann noch die Vollziehung der Auflage auf Grund von § 2194 verlangen. Denn die sämtlichen Berechtigten können dem Beschwerten bestenfalls nur die ihnen gegenüber bestehende Verpflichtung zur Erfüllung der Auflageverpflichtung, keinesfalls aber diese selbst erlassen.

Ob ein derartiger Verzicht, bezw., da es sich um ein Recht handelt, dem eine Verpflichtung gegenübersteht, ob ein Erlaß der dem Berechtigten gegenüber bestehenden Verpflichtung des Beschwerten als wirksam anzusehen ist, erscheint fraglich. Einerseits steht dem Berechtigten sein Recht in eigenem Namen zu, er macht seinen eigenen Anspruch geltend, den er nach Belieben gebrauchen kann: er kann, braucht ihn aber nicht geltend zu machen. Daraus würde die Vermutung folgen, daß er auch nach Belieben ihn aufgeben, auf ihn verzichten kann, wie es der Treuhänder des römischen Rechts, der adstipulator, tun konnte — wenn er auch gegebenenfalls schadensersatzpflichtig war[1]). Andererseits ist ihm aber der Anspruch ohne sein Zutun gegeben; er steht ihm auch

[1]) Kohler, Arch. bürg. R. Bd. 21, S. 263, 264.

dann zu, wenn er ihn nicht will, denn er ist ihm nicht in seinem eigenen, sondern in fremdem Interesse gegeben. Hieraus könnte man wieder den Schluß ziehen, daß der Berechtigte ihn nicht aufgeben kann, daß der Anspruch vielmehr unverzichtbar ist.

Dem Bestreben des Gesetzes, durch die Vorschrift des § 2194 die Auflagevollziehung möglichst zu sichern, scheint die Annahme, daß auf das zu diesem Zwecke gewährte Recht wirksam verzichtet werden kann, jedenfalls zu widersprechen. Denn wenn der Berechtigte auch nicht zur Geltendmachung seines Rechtes verpflichtet ist, und vielleicht auch wirklich keinen Gebrauch davon zu machen gedenkt, so kann doch schon die bloße Tatsache, daß ein Berechtigter vorhanden ist, dem Zwecke des Gesetzes, auf die Vollziehung der Auflage hinzuwirken, förderlich sein. Macht der Berechtigte bloß tatsächlich seinen Anspruch nicht geltend, so ist doch der Beschwerte nie sicher, daß er es nicht später tun wird, und erfüllt vielleicht die Auflage schon aus diesem Grunde. Auch steht dem Berechtigten, selbst wenn er entschlossen ist, sein Recht nicht auszuüben, immer noch die Möglichkeit offen, diesen Entschluß zu ändern. Ein wirksamer Erlaß dagegen würde ihm jede Möglichkeit hierzu nehmen, und den Beschwerten von seiner Seite her völlig sicherstellen. Dazu ist aber der Anspruch dem Berechtigten nicht gegeben, daß der Beschwerte sich mit ihm verständigen könnte, um sich, gegebenenfalls gegen Zuwendung eines materiellen Vorteils an den Berechtigten, von dem Zwange zur Erfüllung der Auflage zu befreien. Je geringer die Zahl

der Berechtigten ist, desto größer ist aber die Gefahr einer solchen Verständigung. In allen Fällen, in denen ein öffentliches Interesse nicht vorhanden ist, ließe sich auf diesem Wege der vom Gesetze geschaffene Zwang zur Vollziehung der Auflage beseitigen. Dies ist allerdings auch möglich, wenn man den Erlaß für unwirksam erklärt, sofern nur der Berechtigte sich tatsächlich an die Abmachung hält; aber das Gesetz darf derartige Abmachungen nicht noch sanktionieren, indem es den Berechtigten an sie gebunden sein läßt und ihn jeder Möglichkeit einer späteren Sinnesänderung beraubt.

In zahlreichen Fällen wird demnach der Verzicht gegen den Zweck des Gesetzes verstoßen, und deshalb als unzulässig erscheinen. Doch liegt darin noch kein entscheidender Grund gegen die Zulässigkeit des Verzichts im allgemeinen. In den angeführten Fällen erscheint der Verzicht deshalb als unzulässig, weil er erkennbar gegen den Willen des Erblassers und mithin, da das Gesetz diesen zur Durchführung bringen will, auch gegen den Willen des Gesetzes verstößt. Aber es ist auch denkbar, daß dies nicht der Fall ist. Es ist zunächst möglich, daß der Verzicht dem vermutlichen Willen des Erblassers nicht widerspricht. Es treten z. B. Umstände ein, aus denen der Berechtigte entnehmen zu können glaubt, daß der Erblasser, wenn er sie gekannt hätte, auf der Erfüllung nicht bestanden hätte. Die Erfüllung zeigt sich z. B. mit unerwartet großen Schwierigkeiten verbunden, bringt dem Beschwerten erheblich größere Mühen und Kosten, als der

Erblasser angenommen hat und als dem Interesse entspricht, das der Erblasser vermutlich an der Vollziehung hatte. Der Berechtigte und Beschwerte einigen sich daher dahin, daß die Leistung unterbleiben oder durch eine andere, unter den veränderten Umständen dem Willen des Erblassers vermutlich besser entsprechende, ersetzt werden soll. Dem Beschwerten aber liegt daran, sich dagegen zu sichern, daß der Berechtigte nicht trotz dieser Abmachung später dennoch seinen Anspruch geltend macht. Das Mittel hierzu kann nur ein Verzicht des Berechtigten auf sein Recht, ein Erlaß der ihm gegenüber bestehenden Verpflichtung des Beschwerten, — eventuell unter Eingehung einer neuen Verbindlichkeit seitens des Beschwerten, — bilden.

Es ist ferner möglich, daß der Verzicht nicht dem Willen des Gesetzes widerspricht. Dieses gibt dem Berechtigten das Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, ohne ihn indessen zur Ausübung desselben zu zwingen. Es stellt sie vielmehr völlig seinem Belieben anheim, behandelt auch den Berechtigten, wenn er sein Recht geltend macht, wie jeden anderen Kläger, so legt es ihm z. B. auch, im Gegensatz zum Testamentsvollstrecker, die eventuellen Prozeßkosten auf[1]. Schultze[2]) nennt dies „unbedenklich, da er ja nicht zu klagen braucht". Wenn dies richtig sein soll, muß dem Berechtigten aber auch die Möglichkeit offen

---

[1]) Kohler, a. a. O., S. 263 f.

[2]) Schultze, S. 96.

stehen, sich immer und überall der Prozeßführung wegen dieses Rechtes enthalten zu können. Er darf nicht etwa vom Beschwerten wider seinen Willen in einen Prozeß verwickelt werden können, was gerade in zweifelhaften Fällen möglich wäre, indem z. B. der Beschwerte gegen ihn die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Auflageverpflichtung erhebt. Das einzige Mittel, sich hiergegen zu schützen, wäre wohl das, daß der Berechtigte dem Beschwerten seine ihm gegenüber bestehende Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage erläßt, auf sein Recht, sie zu verlangen, verzichtet. Wollte man ihm die Befugnis hierzu absprechen, so wäre er in die Notwendigkeit versetzt, wider seinen Willen einen vielleicht aussichtslosen Prozeß aufnehmen und eventuell die Kosten tragen zu müssen.

Ähnlich liegt der Fall, wenn der Berechtigte die Klage auf Vollziehung der Auflage erhoben hat, später aber erkennt, daß der Ausgang des Prozesses für ihn sehr zweifelhaft ist. Auch hier muß ihm wohl die Möglichkeit offenstehen, sich vor einem eigenen materiellen Schaden, soweit möglich, zu schützen, selbst wenn dies nur durch einen Vergleich geschehen kann, in dem er auf sein Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, verzichtet, der Beschwerte dagegen z. B. die Prozeßkosten übernimmt. Wollte man ihm diese Möglichkeit verschließen, so wäre er schlechter gestellt, als jeder andere Kläger; er hätte nach einmal erhobener Klage nur die Möglichkeit, obzusiegen oder zu unterliegen. Ob dies aber gerade im Interesse der Geltendmachung des Rechtes liegt, ist zweifelhaft. In nicht

ganz sicheren Fällen würde die Geltendmachung des Rechtes häufig unterbleiben, und man könnte dies dem Berechtigten nicht einmal verdenken; denn dafür, daß er uneigennützig ein fremdes Interesse wahrnimmt, wäre er nur schlechter gestellt als jeder andere Kläger. Auch der Testamentsvollstrecker, der die Prozeßkosten nicht zu tragen hat, könnte in solchen Fällen durch Verzicht den Prozeß beendigen, bezw. ihm aus dem Wege gehen; in ganz unsicheren Fällen hätte er vielleicht sogar eine Pflicht hierzu, um dem Nachlaß unnütze Kosten zu ersparen. Der aus § 2194 Berechtigte kann doch aber wohl nicht deshalb schlechter gestellt sein, als der Testamentsvollstrecker, weil etwaige Prozeßkosten nicht der Nachlaß, sondern er selbst zu tragen hat.

In solchen Fällen widerspricht ein Verzicht auf das Recht nicht dem vermutlichen Willen des Erblassers bezw. dem des Gesetzes, und somit auch nicht dem Treuhandzweck; dagegen macht sich für seine Zulassung ein gewisses Bedürfnis geltend. Auf der anderen Seite ist aber auch nicht zu verkennen, daß die unbeschränkte Zulassung des Verzichtes in sehr vielen Fällen die Folge haben würde, daß die Berechtigten ihn zu eigennützigen, der Treuhandnatur des Rechtes widersprechenden Zwecken mißbrauchen.

Es muß mithin der Zulässigkeit des Verzichts eine Grenze gezogen werden. Diese wird darin gefunden werden können, daß in den Fällen in denen der Verzicht dem Treuhandzwecke zuwider ist, und deshalb als unzulässig erscheint, der Berechtigte bewußt dem aus-

drücklichen Willen des Erblassers und damit auch dem des Gesetzes aus eigennützigen Motiven zuwiderhandelt. Eine solche Handlungsweise erscheint aber als dolos und zwar in noch höherem Grade, als die des beschwerten Legatars, der die Auszahlung des Vermächtnisses verlangt, ohne für die Erfüllung der darauf gelegten Auflage Sicherheit leisten zu wollen, und dem schon nach römischem Rechte die exceptio doli entgegenstand. Der Berechtigte handelt in diesem Falle daher unsittlich; sein Verzicht verstößt gegen die guten Sitten und ist deshalb nach § 138 BGB. nichtig. Liegt aber ein Verstoß gegen den Treuhandzweck und gegen die guten Sitten nicht vor, so ist ein Grund gegen die Wirksamkeit eines derartigen Verzichtes nicht vorhanden.

Grundsätzlich ist daher ein Verzicht auf das in § 2194 gewährte Recht als wirksam zu betrachten. Ausgenommen sind nur, wie bei anderen Rechtsgeschäften auch, diejenigen Fälle, in denen der Berechtigte durch ihn gegen die guten Sitten verstößt, wobei allerdings nicht zu verkennen ist, daß diese Fälle bei dem vorliegenden Rechte verhältnismäßig besonders zahlreich sein werden. Gleichwohl sind sie aber grundsätzlich als die Ausnahme zu betrachten.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Besonderheiten des in § 2194 gewährten Rechtes gegenüber anderen Forderungsrechten recht bedeutend sind. Höchstpersönlich ist dieses Recht allerdings nicht, es geht vielmehr auf die Erben des Berechtigten über; dagegen würde eine Veräußerung seinem Wesen wider-

sprechen. Ein Verzicht auf das Recht ist zwar grundsätzlich als wirksam zu betrachten, doch folgt aus der Natur des Rechtes, daß die Fälle, in denen er aus allgemeinen Gründen als unzulässig anzusehen ist, hier verhältnismäßig besonders zahlreich sein werden, so daß dies einer besonderen Hervorhebung bedarf, weil man sonst leicht versucht sein könnte, sie für das Regelmäßige zu halten.

Lebenslauf.

Verfasser wurde am 18. November 1889 in Sohrau O.-S. geboren als Sohn des jetzigen Kgl. Kreisarztes Medizinalrat Dr. med. Oskar Thienel in Groß-Strehlitz O.-S. und seiner verstorbenen Ehefrau Hedwig, geb. von Schipp-Branitz. Seit Ostern 1900 besuchte er das Kgl. Gymnasium in Groß-Strehlitz, welches er Ostern 1908 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Er studierte darauf Rechtswissenschaft, und zwar von Ostern 1908 bis Ostern 1909 in Breslau, im S.-S. 1909 in Grenoble, seit dem W.-S. 1909/10 bis zum S.-S. 1911 einschließlich wieder in Breslau. Am 16. November 1911 bestand er dort die erste juristische Prüfung und ist seit dem 7. Dezember 1911 Referendar bei dem Kgl. Amtsgericht in Bolkenhain. Am 14. Juni 1912 bestand er das Examen rigorosum.